



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Faculdade de Direito**

**Curso de Graduação em Direito**

**ANA PAULA MANRIQUE AMARAL**

**O RACIOCÍNIO PROBLEMÁTICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL  
CONTEMPORÂNEA**

**OS DESDOBRAMENTOS DA TÓPICA SISTEMÁTICA E AS SENTENÇAS  
MODIFICATIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Brasília**

**2019**



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Faculdade de Direito**

**Curso de Graduação em Direito**

**ANA PAULA MANRIQUE AMARAL**

**O RACIOCÍNIO PROBLEMÁTICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL  
CONTEMPORÂNEA**

**OS DESDOBRAMENTOS DA TÓPICA SISTEMÁTICA E AS SENTENÇAS  
MODIFICATIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Prof.<sup>a</sup> Dra. Claudia Rosane Roesler.

**Brasília**

**2019**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Faculdade de Direito**

**Curso de Graduação em Direito**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Ana Paula Manrique Amaral

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Doutora Claudia Rosane Roesler (Orientadora)

Universidade de Brasília

---

Professor Doutor Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto (Avaliador)

Universidade de Brasília

---

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins (Avaliador)

Universidade de Brasília

---

Professor Angelo Gamba Prata de Carvalho (Suplente)

Universidade de Brasília

Brasília, 01 de julho de 2019.

## AGRADECIMENTOS

Há um trabalho de Cícero, do qual gosto muito, chamado “De Amicitia” no qual o advogado, político, escritor, filósofo - e quase tudo mais que se permitia que fosse um homem da República Romana - diz algo como “não há prazer na descoberta das belezas do universo – e nem mesmo do céu em si - se estes feitos se dão de maneira solitária, sem um parceiro com quem se possa compartilhar as alegrias”. O conceito de “Amicitia”, em Cícero, não diz respeito apenas ao laço afetivo em si, mas a uma ligação objetiva que tem como base a reciprocidade, a assistência mútua entre sujeitos políticos. Sendo assim, embora exista uma série de razões bastante distintas para que cada uma das pessoas citadas nominalmente esteja aqui, certamente o denominador comum entre elas está em cada gesto de reciprocidade que tenho recebido ao longo de todos estes anos. Como a criança um tanto quanto pensativa e a adolescente pretensiosa que fui, posso dizer que me orgulho a cada dia mais por ter percebido o quanto o encantamento trazido pelas grandes descobertas da vida, de fato, raramente se dá em momentos de solidão e eu não poderia deixar de agradecer às pessoas que tornaram isso claro de alguma maneira.

Sei que a conclusão deste trabalho representa apenas um pequeno passo em direção ao caminho que pretendo traçar desde a mais tenra idade, embora Virginia Woolf tenha, sabiamente, apontado a diferença abissal existente entre aquele que ama aprender e aquele que ama ler, espero que eu consiga aproximar mais a cada dia que passa esses dois sujeitos que há muito habitam minha personalidade. Estar na Universidade de Darcy Ribeiro não apenas moldou de formas inimagináveis meu olhar sob o mundo, mas também me aproximou de parte mais genuína de mim mesma – que, por vezes, uma realidade um tanto quanto hostil insistiu para que eu abandonasse. Por esta razão, sou grata a todos que fazem com que as engrenagens da Universidade de Brasília possam girar e desejo que ela continue sendo este símbolo de resistência “pelo bom, pelo justo e pelo melhor do mundo” - me permitindo citar aqui Olga Benário.

Sem mais delongas, inicialmente, estes agradecimentos se voltam à minha mãe: exemplo de tudo de melhor que pode haver numa pessoa neste mundo, a mulher que eu gostaria de algum dia, quem sabe, ser. Ao meu pai, uma pessoa de quem orgulho ter puxado a perseverança e o coração sensível que se esconde por detrás da aparência séria e rígida. Ao Lucas, meu irmão, cuja inteligência silenciosa e tranquilidade eu espero um dia poder

absorver. À Dona Dirce, a avó de voz eloquente, dons culinários e espírito solidário inspiradores. Ao Seu Hebert, o avô mineiro, quieto e observador, cujo andar pouco apressado e a voz tímida guardam a sabedoria e a força que se tornam notáveis com apenas um dedinho de prosa. À Leonir, minha madrinha, cuja pureza de coração e preocupação com o próximo sempre me fizeram sentir única no mundo – por mais que ela se desdobrasse em mil ao longo de todos estes anos para conseguir fazer com que tantas outras pessoas se sentissem da mesma forma. Ao Newton, meu padrinho, que tem por hábito colocar o bem-estar de quem ama a frente de qualquer outra coisa. À Ercília, *in memoriam*, que ainda dá sentido a todas as letras do Roberto Carlos e que sempre vem à mente quando os vazios falam mais alto. Sou muito grata por ter tanto para me lembrar.

E por falar em família, vou me permitir rebobinar cinco anos na fita de minha história, no momento de minha mudança, quando meus olhos ansiosos passaram pelos monumentos de uma cidade na qual, a princípio, não vi o meu rosto e chamei de mau gosto o que vi, de mau gosto, mau gosto. Ali jamais poderia imaginar que construiria algo que tivesse o verdadeiro significado de casa. Por essas e tantas outras sou grata ao Pedro, meu amor, e ao Panqueca por darem vida ao concreto de Oscar Niemeyer e Lúcio Costa. Em cada oportunidade que a vida demonstra que seus rumos seguem uma total falta de planejamento – assim como as grandes cidades -, vocês são a certeza do que quero que fique.

À Professora Cláudia, minha orientadora, que por obra de um e-mail despretensioso que audaciosamente enviei há cerca de três anos tornou-se uma das pessoas mais importantes para o meu amadurecimento intelectual e pessoal dentro da Faculdade de Direito. Confesso que jamais esperei encontrar tamanho senso crítico, generosidade e sensibilidade concentradas numa só pessoa. Devo muito a ela que, outrora - em dedicatória de seu livro que motivou muito do que trago neste trabalho - suscitou a expectativa de uma grande discussão, à qual espero ter minimamente correspondido.

Ao Professor Cristiano Paixão, que desde o meu segundo semestre de faculdade recebeu tão sensivelmente o ser literário que sou - embora escondida por trás de uma personalidade de fala ansiosa - e me deu esperança de que existe algum espaço para mim no Direito. Ao Professor Argemiro Martins, pela extrema receptividade diante do convite. Embora não tenha tido a oportunidade de encontra-lo em sala de aula, a voz dos corredores, a participação em palestras e a escrita que o eterniza foram suficientes para nutrir minha mais

sincera admiração. A ambos, obrigada pela paciência e disposição ao me doarem sua atenção e seu tempo.

Aos professores da Universidade de Brasília: Charles Santos, por me receber tão bem no refúgio que foram, a cada semestre, os estudos de Latim; Débora Diniz, por ter feito meus olhos brilharem no primeiro dia de aula com o exemplo de pesquisadora que eu gostaria de ser e por fazê-los brilharem ainda hoje como exemplo de força e coragem que é todos os dias – que mais adiante possamos ter a honra de recebê-la de volta; e Daniela Moraes, pela diligência, organização, doçura e humildade exemplares de alguém tão inteligente.

Aos meus professores, dos que agora parecem longínquos anos de ensino médio: Cristiano Vinícius – por fazer florescer ainda mais meu amor pela História e pela pesquisa -, Henrique Oliveira – por sempre deixar claro o quão maiores do que a fronteira do estado de Goiás são os horizontes; Sinval Santana – por sempre trazer a cura pros dias ruins e a felicidade por meio de aulas que mais pareciam brilhantes conversas sobre literatura; e Wendell Sullyvan – por tanto, mas, principalmente, por sempre lembrar de que “é preciso força pra sonhar e perceber que a estrada vai além do que se vê”.

Aos amigos que Universidade me trouxe: Angelo Gamba – cujo brilhantismo só não é maior que sua sensibilidade e gentileza; obrigada pelos sorvetes de fim de semana e por sempre tirar um tempo pra falar sobre literatura ou ler exaustivamente meus capítulos, esse trabalho e muito do que me tornei devem bastante a você -, Carolina Rezende – cuja inteligência e maturidade sempre se expressam de maneira serena capaz de inspirar imensamente qualquer um que passe o mínimo de tempo com você; também pelas revisões e disposição para contribuir acadêmica ou pessoalmente, obrigada! -, Cecília Rosal – cuja generosidade extrapola todos os níveis do imaginável -, Edson Dias de Sousa – por me lembrar de que sempre haverá alguém pra tomar um café e conversar sobre literatura madrugada afora-, Gabriela Fritz – por me inspirar a cada dia mais com a beleza com que seus olhos enxergam o mundo -; Guilherme Camargo – por nunca me deixar perder de vista a espontaneidade da vida -, Henrique Araujo – por ser o melhor dos dois mundos em uma pessoa só; e também pelos pareceres de meus textos literários ou mesmo acadêmicos -, Ingrid Martins – por acreditar tanto na minha capacidade de cura e na superforça conferida a nós, neuroatípicas -, João Pedro Mussi – pela bondade inabalável a ponto de trazer até mim o amor de minha vida -, Júlia Rhauany – cuja personalidade discreta e forte são mais acolhedoras do que possa imaginar -, João Vitor Martins – por me fazer sentir amparada com qualquer meia

palavra proferida -, Lucas Cruvinel – pela personalidade terna e consoladora a seu modo -, Nathália Ananias – por ser um dos maiores exemplos da mulher que quero ser -, Pedro Ribeiro – pela amizade, desde a primeira semana de aula, que me faz crer a cada dia mais no que há de melhor das amizades duradouras -, Renato Fernandes – por sempre me lembrar que tudo haveria de ficar bem -, Sophia Guimarães – por doar-se tão genuinamente aos outros sem pedir nada em troca; e pelas leituras extraordinárias dos textos que são postos em suas mãos - e ao Wenderson Siqueira – por sempre se fazer presente a despeito de todos os intempéries que traz a vida fora da Universidade.

Aos amigos que antes já estavam, no que trago de melhor da Terra da pamonha e do sotaque que me acalma o coração: Bettina Pena – por me trazer tanta paz em todos os momentos em que nada parecia dar certo -, Isabel Goulart – por ter compartilhado tantos momentos felizes (ou nem tanto) comigo -, Lucas Azevedo – por ser uma das melhores razões para voltar pra casa -, Lucas Cardoso – pela personalidade tão afetuosa e sincera que me inspirou a te seguir até Universidade -, Murilo Carvalho – pela pessoa maravilhosa capaz de transformar momentos simples em extraordinários e Nayara Gomes – por há tempos fazer com que eu me orgulhe de quem sou - mesmo sendo uma pessoa tão diferente de mim.

Às oportunidades profissionais que tive e que me proporcionaram grandes exemplos: Felipe Roquete – a pessoa e profissional que desde o meu primeiro dia de estágio eu soube que gostaria de ser - e a todo o Gabinete do Ministro Edson Fachin no Supremo Tribunal Federal, com destaque para os grandes amigos que fiz num ambiente tão enriquecedor: Bruno – por sua onipresença e sabedoria infalíveis -, Dani – alguém cujo amplo conhecimento só perde para a disposição e paciência com quem ainda terá que correr muito para te alcançar, Letícia – pelas figurinhas trocadas sobre os temas mais diversos e que me lembram sempre, no sufoco do dia-a-dia, do que há de melhor em mim mesma, Marina Faraco – pelo apoio nos últimos meses, sem quem o processo de escrita teria sido bem menos divertido e Sura – por sempre me lembrar de casa com sua personalidade forte e acolhedora.

À Petra e ao Dr. Paulo Henrique por acreditarem na melhor versão de uma mente repleta de peculiaridades. E, finalmente, a todos os grupos de pesquisa nos quais me foi dada a oportunidade de ser aprendiz: especialmente o GPRAJ, Percursos e GEPC;

Ao leitor, que, por alguma razão, tenha chegado até aqui.

“Dormir feliz.  
Emanar vibraciones de amor.  
Saber que estamos aquí de paso.  
Mejorar las relaciones.

Aprovechar  
las oportunidades.  
Escuchar al corazón.  
Acreditar la vida.

Y tampoco tengo  
la pretensión de ser  
el primero  
el segundo  
o el tercero  
de tu lista.

Basta que me quieras como amigo.  
Gracias por serlo.”.

Jorge Luis Borges



“A atual geração, quaisquer que sejam os seus talentos, não pode esquivar-se às condições do meio; afirmar-se-á pela inspiração pessoal, pela caracterização do produto, mas o influxo externo é que determina a direção do movimento”.

(Machado de Assis, A Nova Geração)

## RESUMO

O presente estudo busca explorar, com base no único livro de Theodor Viehweg, “Tópica e Jurisprudência”, as dimensões do pensamento problemático na ordem constitucional contemporânea. A partir da Teoria contemporânea do Direito, a que se denomina Teoria Constitucional, para avaliar essas dimensões de maneira um pouco mais precisa, foi escolhida a técnica decisória das sentenças modificativas – um instituto propriamente originado na *Corte Costituzionale* Italiana como uma forma de atualização da prática constitucional em detrimento de normas infraconstitucionais e de um poder legislativo ainda caracterizados pelas dimensões do fascismo. Para isso, no primeiro capítulo explora-se a tópica como forma de pensar por problemas no Estado Constitucional passando pelas mais diversas proposições da Tópica de Viehweg – precursora de outras teorias da argumentação que se apresentariam mais adiante - bem como o papel assumido pelos mecanismos argumentativos no âmbito de uma Teoria Constitucional. Por último, como forma de demonstração desta *práxis*, desenvolve-se breve uma leitura, com fundamento no conceito de teoria de base, acerca da experiência do Estado Constitucional Brasileiro. No segundo capítulo, por sua vez, retrata-se a dimensão tópica das sentenças modificativas sob o seguinte roteiro: o objetivo inicial de compreender as dimensões que envolvem o controle de constitucionalidade e as omissões normativas, que se mostram inconstitucionais, características deste novo espectro do Direito, introduzem a dimensão retórica que carrega esta técnica – para que se compreenda, em momento posterior, seu papel no Constitucionalismo ao assumir uma escala mundial – característica da modernidade. No terceiro capítulo, encerra-se considerando as dimensões de crise enfrentadas pela Teoria Constitucionalista – característica das dificuldades enfrentadas pelo modelo democrático na contemporaneidade. Neste, são exploradas propostas do que parece ser um “Constitucionalismo das Ruínas”, caracterizado pelo que se denominará “Tópica do Reagrupamento”. Inevitavelmente são analisadas reflexões que se estabelecem a partir de relações entre o tempo e o Direito.

**Palavras-chave:** Argumentação Jurídica; Constitucionalismo Contemporâneo; Sentenças Modificativas; Supremo Tribunal Federal; Theodor Viehweg.

## ABSTRACT

This research seeks to explore, from Theodor Viehweg's only book, "Topical and Jurisprudence", dimensions of problematic thinking in the contemporary constitutional order. From the contemporary theory of law, called Constitutional Theory, in order to evaluate these dimensions in a, somewhat, precise way, the decision-making technique of amending sentences chosen – an institute properly originated in the Italian *Costituzionale* Court as a way of updating the constitutional practice in light of infra- constitutional rules and a legislative power still measured by the dimensions of fascism. The first chapter explores the topic as a way of thinking from issues in the Constitutional State – passing through various propositions of the Topic by Viehweg, precursor of other argumentation theories that would be presented later, as well as roles assumed by argumentative mechanisms within the framework of a Constitutional Theory. Finally, as a demonstration of praxis, based on the concept of basic theory, an analysis was developed about the Brazilian Constitutional State experience. The second chapter, in turn, portrays the topical dimension of the modifying sentences under the following script: from the beginning, the purpose of understanding dimensions that involve control of constitutionality and normative omissions, which, in case, are unconstitutional, characteristics of this new spectrum of Law, introduce the rhetorical dimension that carries that technique – so that it's role in Constitutionalism can be understood at a later opportunity, when it takes on a global scale – a characteristic of modernity. In the third chapter, at least, it considers the dimensions of crisis faced by the Constitutionalist Theory – that marked the difficulties faced by the democratic model in the contemporaneity. While at it, proposals are explored of what appears to be a "Constitutionalism of the Ruins" characterized by what will be called "Topical Regrouping". Inevitably, there's an analysis of reflections established from the relations between time and Law.

**Keywords:** Legal Argumentation; Contemporary Constitutionalism; Amending sentences; Federal Court of Justice; Theodor Viehweg.

## RIASSUNTO

Questa ricerca mira ad esplorare, basato nel'unico libro di Theodor Viehweg "Topica e Giurisprudenza", la dimensione problematica dell'ordine costituzionale contemporanea. Dalla teoria contemporanea del diritto, che è chiamata teoria costituzionale, valutare questa dimensioni quindi un po 'più precisa, è stata scelta la tecnica operatoria della sentenze additive - un istituto stessa origine in Corte Costituzionale italiana come una forma di aggiornamento della pratica costituzionale a scapito delle norme infracostituzionali e di un potere legislativo ancora caratterizzato dalle dimensioni del fascismo. Per questo, nel primo capitolo si esplora il tema come un modo di pensare attraverso i problemi nello Stato costituzionale attraverso le varie proposizioni di attualità Viehweg - precursore di altre teorie di argomentazione che avrebbe completare la loro - così come il ruolo svolto dai meccanismi argomentativi nell'ambito di una teoria costituzionale. Infine, a dimostrazione di questa *práxis*, si sviluppa una lettura, basata sul concetto di teoria di base, sull'esperienza dello stato costituzionale brasiliano. Nel secondo capitolo, a sua volta, ritrae la dimensione topica di modificare frasi nella seguente tabella: inizialmente comprendere le dimensioni che coinvolgono il controllo costituzionalità e omissioni normativi, che mostrano caratteristiche anticostituzionali di questo nuovo spettro destra, introdurre la dimensione retorica che porta questa tecnica - per comprendere, in un secondo momento, il suo ruolo in Costituzionalismo prendere su scala globale - caratteristica della modernità. Il terzo capitolo si chiude considerando le dimensioni della crisi affrontate dalla teoria costituzionalista - caratteristica delle difficoltà incontrate dal modello democratico in epoca contemporanea. In questo, le proposte sono azionati quello che sembra essere un "Costituzionalismo di Rovine", caratterizzata da quello che viene chiamato il "Topical Raggruppamento". Inevitabilmente, vengono analizzate le riflessioni stabilite dalle relazioni tra tempo e legge.

**Parole-chiave:** Argomentazione giuridica; Costituzionalismo contemporaneo; Sentenze modificativi; Corte Costituzionale; Theodor Viehweg.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	13
CAPÍTULO I - A TÓPICA COMO FORMA DE RACIOCÍNIO POR PROBLEMAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL .....	16
I.1 A Jurisprudência e o Pensamento Problemático: A Tópica de Viehweg .....	16
I.2 O Papel dos Mecanismos Argumentativos no Constitucionalismo Democrático ....	24
I.3 Uma análise da experiência Democrática da Teoria Constitucional no Estado Brasileiro a partir de Theodor Viehweg .....	27
CAPÍTULO II - A EXPRESSÃO TÓPICA DAS SENTENÇAS MODIFICATIVAS .....	32
II.1 As Omissões Normativas Inconstitucionais e o Controle de Constitucionalidade.	32
II.2 A Argumentação como Procedimento de Legitimação e a Dimensão Retórica das Sentenças Modificativas .....	39
II.3 A Escala Mundial do Constitucionalismo e o Pensamento Problemático .....	43
CAPÍTULO III - O CONSTITUCIONALISMO DAS RUÍNAS E A TÓPICA DO AGRUPAMENTO .....	48
III.1 A Crise do Constitucionalismo e o Pensamento Problemático .....	48
III.2 A Reinvenção do <i>topos</i> do Sistema a partir dos Efeitos Aditivos na Interpretação Constitucional.....	55
III.3 A Permanência Residual da Tradição no Tempo Presente e os Novos Lugares Comuns .....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	63



## INTRODUÇÃO

A compreensão de Viehweg acerca do Direito como prudência traz aos seus estudos, tomando como ponto de partida a insuficiência do tratamento trazido pela racionalidade cartesiana, um estilo de pensamento que se orienta para o problema, denominado Tópica. A partir de uma influência clara de Aristóteles, Cícero, Vico e até mesmo Curtius, sua tese de livre docência pretende apontar um modo de agir que se relacione às necessidades de respostas que advém da prática jurídica. Repensar as respectivas implicações derivadas das noções de problema e sistema aos olhos do Constitucionalismo contemporâneo foi o que motivou o desenvolvimento deste trabalho. Isso porque o próprio movimento realizado pela Teoria Constitucional envolve uma série de reinterpretações e reconstruções de narrativas que, por sua vez, conferem às instituições do Judiciário um papel de extrema importância.

É inevitável, neste âmbito, pensar em dimensões temporais no processo de análise da tópica por mais que, assim como na obra analisada, não se aprofunde em uma investigação histórica independente. Para a abordagem da tópica no âmbito da argumentação jurídica, Viehweg desenvolve o processo de reconhecimento do que já é conhecido<sup>1</sup> - uma vez que a retomada dos estudos retóricos se dá em período crítico das grandes sociedades que contempla o entre guerras e a ascensão de regimes autoritários. Considera-se, neste campo, que a criação é uma realidade inerente apenas ao futuro e é, portanto, retomando teorias da antiguidade clássica que Viehweg enfrenta as concepções lógicas adotadas majoritariamente no período corrente.

O desafio imposto pela abertura dos novos textos constitucionais faz com que os problemas apresentados por esta, por vezes, coadunem com o que Viehweg entende por problema tópico, qual seja: “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para o qual há que se buscar uma resposta como solução”<sup>2</sup>. Embora deixe clara a insuficiência do sistema para tratar de casos mais complexos, o autor não descarta a importância deste e as condições essenciais existentes entre sistemas e problemas.

---

<sup>1</sup>TSVETAEVA, Marina. **O poeta e o tempo**. Trad. Aurora Fornoni Bernardini. Editora Âyiné: São Paulo. 2017. P. 77.

<sup>2</sup>VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 1979. p. 34.

Deste modo, considerando este estilo retórico e a eficiência com que responde às circunstâncias necessárias em processos de mudança, esta pesquisa se põe a analisar as mais diversas dimensões argumentativas do constitucionalismo e procura compreender quais são os *topoi* que as envolvem, bem como o *topos* pelo qual majoritariamente se orientam. A partir da Teoria contemporânea do Direito, a que se denomina Teoria Constitucional, para avaliar essas dimensões de maneira um pouco mais precisa, foi escolhida a técnica decisória das sentenças modificativas – um instituto propriamente originado na *Corte Costituzionale* Italiana como uma forma de atualização da prática constitucional em detrimento de normas infraconstitucionais e de um poder legislativo ainda caracterizados pelas dimensões do fascismo.

Para isso, no primeiro capítulo, considerando o contexto dos sujeitos no “mundo flutuante” explora-se a tópica como forma de pensar por problemas no Estado Constitucional passando pelas mais diversas proposições da Tópica de Viehweg – precursora de outras teorias da argumentação que se apresentariam mais adiante - bem como o papel assumido pelos mecanismos argumentativos no âmbito de uma Teoria Constitucional. Por último, como forma de demonstração desta *práxis*, desenvolve-se breve uma leitura, com fundamento no conceito de teoria de base, acerca da experiência do Estado Constitucional Brasileiro.

No segundo capítulo, por sua vez, retrata-se, a partir de uma leitura não apenas reflexiva, mas também conceitual, a dimensão tópica das sentenças modificativas sob o seguinte roteiro: o objetivo inicial de compreender as dimensões que envolvem o controle de constitucionalidade e as omissões normativas que se mostrarão inconstitucionais, características deste novo espectro do Direito, introduzem a dimensão retórica que carrega esta técnica – para que se compreenda, em momento posterior, seu papel no Constitucionalismo ao assumir uma escala mundial – característica da modernidade.

No terceiro capítulo, encerra-se considerando as dimensões de crise enfrentadas pela Teoria Constitucionalista – característica das dificuldades encaradas pelo modelo democrático na contemporaneidade. Neste, são exploradas propostas diante do que parece ser um “Constitucionalismo das Ruínas”, caracterizado pelo que se denominará “Tópica do Reagrupamento”. Inevitavelmente são analisadas reflexões que se estabelecem a partir de relações entre o Tempo e o Direito.



Sendo assim, a partir de tal dimensão, reflete-se acerca dos caminhos traçados pelas novas gerações a partir das dimensões da tradição, remanescentes no formato constitucional do tempo presente, e sua coexistência com os novos lugares comuns estabelecidos, além de tentar compreender as rupturas que se estabelecem, principalmente, no modelo democrático brasileiro.

## CAPÍTULO I - A TÓPICA COMO FORMA DE RACIOCÍNIO POR PROBLEMAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

### I.1 A Jurisprudência e o Pensamento Problemático: A Tópica de Viehweg

As guerras do século XX foram guerras de massa<sup>3</sup> visto que utilizaram e destruíram recursos de modo outrora inimaginável. Para além da destruição material, este século foi marcado pela ascensão - e posterior derrocada - de regimes totalitários responsáveis por patrocinar as mais diversas atrocidades contra a humanidade com o uso de todas as ferramentas inerentes ao Estado<sup>4</sup> - de modo também impensado noutro momento - sem excepcionar o Direito. Diante deste contexto, emergiram diversas linhas de pensamento cujo denominador comum é o objetivo de solucionar problemas de interpretação constitucional e propiciar a efetivação de direitos fundamentais. Neste sentido, restou evidente, para estes autores, a insuficiência dos métodos clássicos baseados no positivismo normativista - especialmente diante de “casos difíceis”. A partir do rompimento com este paradigma, compreende-se que o direito não pode ser visto apenas como uma realidade já dada, mas sim como uma prática social que “incorpora uma pretensão de correção ou justificação”.<sup>5</sup>

Como resposta a este contexto de crise, têm-se os desdobramentos do fenômeno denominado constitucionalização, também datado nas últimas décadas do século XX, o qual será tratado de forma mais minuciosa no segundo tópico deste capítulo. Manuel Atienza aponta dois possíveis significados para este movimento: a fixação de Direitos Fundamentais em face da Segunda Guerra e das violações provocadas pelas Constituições rígidas ou a ascensão de autores denominados constitucionalistas (ou pós-positivistas) que apontam a insuficiência do positivismo enquanto concepção do direito – para além da crítica oriunda da ótica jusnaturalista<sup>6</sup>. Os autores responsáveis por estes apontamentos atribuem importante

---

<sup>3</sup>HOBBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX. 2. ed. Companhia das Letras: 1997, p.42.

<sup>4</sup>A este respeito, disse Hannah Arendt sobre a forma de governo adotada por estes Estados: “É interessante notar que, mesmo no seu começo, os nazistas sempre tiveram a prudência de não usar slogans que, como democracia, república, ditadura ou monarquia, indicassem uma forma específica de governo. É como se, pelo menos nesse assunto, sempre soubessem que iriam ser completamente originais. Toda discussão a respeito da verdadeira forma do seu futuro governo podia ser rejeitada como conversa-fiada a respeito de meras formalidades — pois o Estado, segundo Hitler, era apenas um “meio” para a preservação da raça, do mesmo modo como, segundo a propaganda bolchevista, o Estado é apenas um instrumento na luta de classes.” ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: Antissemitismo, Imperialismo e Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. 8ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. pp. 492 e 493.

<sup>5</sup>ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Trad. Cláudia Roesler. Coleção Direito, Retórica e Argumentação. Curitiba. Alteridade. 2017.

<sup>6</sup>ATIENZA, op. cit., p. 33.

papel ao processo hermenêutico e, conseqüentemente, ao processo argumentativo e de justificação com o objetivo de evitar arbitrariedades ou discricionariedade do processo decisório.

Ao longo da segunda metade do século em questão, o desenvolvimento das teorias da argumentação foi pujante; diz-se que duas fases o compuseram: a dos precursores e a da elaboração da Teoria Standard<sup>7</sup>. Esta observação reforça a relevância de se atentar para o fato de que a teoria da argumentação é repleta das mais diversas definições que, por sua vez, retém expectativas, concepções e, fatalmente, divergências que permeiam a tradição histórica deste estudo<sup>8</sup>. Como um sujeito situado num mundo flutuante<sup>9</sup>, no qual o presente e o passado estão tão atrelados à guerra, Viehweg, buscando contribuir no campo da pesquisa de base, retoma o raciocínio da antiguidade clássica - na tópica de Aristóteles e Cícero - em prol da defesa da ideia de que a jurisprudência<sup>10</sup> é tópica. É inevitável, ainda, mencionar uma das referências trazidas por ele: Ernst Robert Curtius - responsável pelo resgate - ao final da década de 40 - da Tópica de sua condição de abandono para utilizá-la como ferramenta de análise histórica da literatura. Esta se mostra suficiente, também, para ressaltar elementos de grande importância social para a manutenção da realidade e cultura europeia<sup>11</sup>.

Viehweg, por outro lado, ao mesmo tempo em que não se propõe a fazer uma historiografia, percorre a história da jurisprudência por meio de uma investigação que denomina “sistemática”<sup>12</sup>. Considerando que a tópica tanto aristotélica quanto a ciceroniana serviram como base para o desenvolvimento da estrutura jurídica dos romanos, a investigação de Viehweg aponta, a partir de uma alusão a Vico, a insuficiência do método axiomático-dedutivo e o uso recorrente da tópica na prática jurídica moderna. No que diz respeito à tópica

<sup>7</sup>ATIENZA, Manuel. **Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

<sup>8</sup>ADEODATO, João Maurício. **Tópica, argumentação e Direito dogmaticamente organizado**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, maio-agosto, 2018.

<sup>9</sup>ISHIGURO, Kazuo. **Um artista do mundo flutuante**. Rio de Janeiro: Grupo Companhia das Letras. Trad: José Rubens Siqueira. 2018. Trata-se de um romance narrado por um pintor - renomado no Japão antes e ao longo da Segunda Guerra Mundial - poucos anos após o fim da guerra; a obra demonstra com precisão os conflitos individuais de intelectuais neste período não apenas em relação a si próprios, mas principalmente acerca de sua produção. A obra de Viehweg me faz acreditar que o filósofo se encontrava em posição deveras semelhante ao produzir o que se tornou um clássico da argumentação jurídica.

<sup>10</sup>A noção de jurisprudência trazida por Viehweg equivale à “ciência jurídica”, diferentemente do que possa parecer à primeira vista, esta não diz respeito às decisões de tribunais, muito embora estas se relacionem em certa medida com o conceito tratado. Cf. VIEHWEG, 1979, nota do prefácio à 2ª edição. Aponta, ainda, FERRAZ Jr., no prefácio da obra traduzida para o Português, a importância de colocar as propostas e investigações do autor diante da concepção restritiva de ciência e da noção de prudência.

<sup>11</sup>AMADO, Juan Antonio García. **Teorias de la tópica jurídica**. Lima. Palestra Editores. 2018. p. 21.

<sup>12</sup>Cf. VIEHWEG, 1979, p. 09.

clássica, embora reconheça a superioridade teórica da Tópica aristotélica nos mais diversos sentidos, Viehweg aponta a preponderância da influência da tópica de Cícero sob a prática jurídica. Entre outros fatores, tal relevância pode ser atribuída a seu caráter pedagógico e prático ante seu leitor primordial: Trebácio, um jurista<sup>13</sup>. A tópica ciceroniana influenciou, ainda, os estudos retóricos e oratórios da antiguidade, bem como os padres cujos estudos originaram a patrística<sup>14</sup>, consolidando a relevância histórica então reconhecida pelo estudo desempenhado por Viehweg.

Cabe ressaltar uma relação bastante importante entre retórica e filosofia que a tópica de Cícero estabelece: diferentemente de Aristóteles - para o qual a ideia de *topos* refletia um ponto de partida para o entimema – ao passo que não aprofunda, e, conseqüentemente, desfaz-se, na dimensão dialética e apodítica do *topos* em favor da prática<sup>15</sup>. Por esta razão, Cícero lança mão da categorização dos *topoi* em catálogos para fins práticos. Os *topoi*, para Cícero, consistem em lugares comuns de um argumento orientado por um processo que se origina de um problema. Para a realização desta proposta, o filósofo retoma a doutrina do *status quaestionum*<sup>16</sup> em diversas obras<sup>17</sup> e a partir dela desenvolve uma forma de classificar e selecionar estes lugares comuns da argumentação.

Viehweg, deste modo, a partir da reflexão acerca das lacunas que a metodologia cartesiana se mostra incapaz de preencher e das teorias tópicas ressaltadas, solidifica seu processo investigativo não nos parâmetros dedutivos da teoria da ciência, mas numa teoria da *práxis*<sup>18</sup> - visto que busca compreender o processo de raciocínio que, na prática, conduz a decisão que, por sua vez, apresenta caráter discursivo e intersubjetivo<sup>19</sup>. A Jurisprudência, deste modo, objetivará a solução de problemas e será guiada pela tópica - descrita por Viehweg como uma técnica ou um estilo, pois entende por método um procedimento que seja

<sup>13</sup>Ibidem, p. 28.

<sup>14</sup>Cf. PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba; ROESLER, Claudia Rosane. **A recepção da Tópica ciceroniana em Theodor Viehweg**. Revista Direito e Práxis, vol. 6, num. 10, 2015, pp. 26-48. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil.

<sup>15</sup>LEFF, Michael C. **The topics of Argumentative Invention in Latin Rhetorical Theory from Cicero to Boethius**. The International Society for The History of Rhetoric. Rhetorica, vol. 01, nº 1, 1983. p. 31.

<sup>16</sup>Teoria desenvolvida por Hermágoras que estabelecia um raciocínio para a formação de questões dentro do qual os *status* consistiriam na seleção dos meios argumentativos a serem utilizados aos quais deveriam ser submetidos os meios de prova.

<sup>17</sup>Cf. AMADO, 2018, p.76.

<sup>18</sup>ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2ed. 2013. pp. 44-45.

<sup>19</sup>AMADO, Juan Antonio García. **Tópica, Retórica y Teorias de la Argumentación**. 1996. p. 01. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf>>. Acesso 23 mar. 2019.

“lógica e rigorosamente verificável<sup>20</sup>”, ou seja, dedutivo. Esta técnica, portanto, aos olhos de Viehweg impede que a Jurisprudência, que “tem muito de arbítrio amorfo e muito pouco de demonstração”<sup>21</sup>, seja reduzida a um método.

Sendo assim, parece-nos que, aos olhos do filósofo alemão, o direito se caracteriza como um sistema aberto que impede a aplicação de um sistema meramente dedutivo - considerando sua dinamicidade e a realização de um movimento constante em seus conceitos. Neste sentido, a forma de análise obedeceria ao seguinte desdobramento: estes conceitos, ou *topoi*, só adquirem significado a partir do problema apresentado - ou seja, a partir da resolução de um caso, um entendimento ora compreendido como excepcional pode tornar-se hegemônico e vice e versa. No entanto, ao contrário do que pode sugerir a teoria à primeira vista, a tópica conserva a análise de dispositivos positivados o que nos levará adiante ao que Viehweg conceitua, em ensaio de publicação posterior à sua obra única, como enfoques dogmático e zetético.

Diante da empreitada de cunho prático assumida por Viehweg, Cláudia Roesler retoma a pergunta acerca da cientificidade desta teoria, dada a sua incapacidade de se afastar total e completamente do aspecto científico<sup>22</sup>. A partir deste questionamento, a autora apresenta, ainda, uma possível diretriz dada por Viehweg no seguinte sentido: este há de se valer de outro modo de divisão do estudo da disciplina; uma leitura feita a partir das peculiaridades que esta retém na condição de ciência, mas que também carrega certa relevância geral. Estas observações abrem alas para a demonstração da dimensão do fazer jurídico, ora composto por um caráter científico e outrora dotado de caráter filosófico, culminando na categorização dos modos de pensar, ora supracitados, dogmático e zetético<sup>23</sup>.

Os modos de pensar dogmático e zetético podem ser conferidos a partir da análise de um esquema cujo objeto é a ordem de relevância de perguntas e respostas<sup>24</sup> - afinal, no que diz respeito à tópica sob o ponto de vista da atividade, esta consiste num modo de pensar cuja ênfase recai sobre as premissas ao invés da conclusão<sup>25</sup> -: caso sejam priorizadas as perguntas,

---

<sup>20</sup>Cf. VIEHWEG, 1979, p. 75.

<sup>21</sup>VIEHWEG, op. cit, p.76.

<sup>22</sup>ROESLER, op. cit.

<sup>23</sup>ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2ed. 2013. pp. 46-47.

<sup>24</sup>VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho**. 2. Ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. pp. 75-76.

<sup>25</sup>ATIENZA, Manuel. **Razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p. 49.

a estrutura deverá ser apreciada pelo enfoque zetético; por outro lado, em casos em que é dada às respostas maior relevância, então é o enfoque dogmático que prevalece sob a estrutura. Esta linha de pensamento aparentemente simples demonstra sinteticamente que Viehweg não rejeita ou nega a relevância da dogmática jurídica e tampouco a sua vinculação ao enfoque zetético.

Ainda no que diz respeito aos referidos enfoques, Cláudia Roesler os apresenta como uma forma de mobilidade no âmbito do pensamento problemático ou aporético<sup>26</sup>. Sendo assim, uma vez que a tópica é a *techne* do pensamento problemático<sup>27</sup>, está afastada de pronto a possibilidade de integração de um sistema dedutivo. Por esta razão, os enfoques apontados não serão encontrados em sistemas dedutivos. Este afastamento também se justifica em razão do fato de que, sob o viés zetético, o sistema estará sempre sujeito à revisão de suas próprias premissas, ao passo que, sob o enfoque dogmático, essa espécie de “núcleo duro” continuará sendo objeto do pensamento problemático, o que o afasta de um dogma propriamente dito. É natural que surja o questionamento acerca da predominância de um dos enfoques - e que a resposta também não parta de uma análise simples - mas conclui-se pelo entendimento de que a jurisprudência é essencialmente dogmática em razão do fato de sua composição estar atrelada a uma teoria de base e uma dogmática jurídica<sup>28</sup>.

A estrutura de análise da jurisprudência, portanto, para o autor, se orienta pela necessidade de solucionar problemas da prática em casos controversos e será, a partir daqueles, orientada - estilo que caracteriza a tópica<sup>29</sup>. Deste modo, são estabelecidos os *topoi* a partir do problema originado - considerado objeto da tópica - como pontos de vista aptos à sua resolução. Este formato constitui o caminho percorrido pela ideia de *práxis* proposta por centralizar o problema relativo ao caso concreto e só então recorrer às ferramentas teóricas para fins de resolução. Para Viehweg, todo e qualquer problema se ordena dentro de um sistema - o que suscita a reflexão acerca do modo de pensar problemático e o modo de pensar sistemático, de Nicolai Hartmann<sup>30</sup>, a serem detalhados e discutidos mais adiante neste texto. Em razão de sua localização no sistema, em regra estabelecido pelos ordenamentos jurídicos - ou pelo direito positivo de modo geral - o problema permeia esta estrutura a fim de corrigir ou evitar uma resolução discricionária dos casos apresentados - principalmente no que diz

---

<sup>26</sup>ROESLER, op. cit.

<sup>27</sup> VIEHWEG, p. 33.

<sup>28</sup>ROESLER, op.cit., p. 169.

<sup>29</sup>Neste sentido, AMADO, 2018, p.112 ressalta que não raramente a tópica seja caracterizada como “o pensamento do caso”.

<sup>30</sup>Cf. VIEHWEG, 1979, p. 35.

respeito à resolução dos “casos difíceis” - e registrar a melhor aplicação possível dos conceitos do direito positivo diante da prática jurisdicional.

A tópica é denominada por Cícero e também por Viehweg como *ars inveniendi*, dentro da qual essa busca pelo *topos* nunca se dá por encerrada dado seu caráter temporário em razão de seu objetivo funcional e relacionado ao problema; diferentemente do *ars iudicandi* que suporta sua veracidade como ponto de partida do processo dedutivo. Portanto, a tópica é uma forma de pensamento que atende ao método aporético, de modo a evitar conclusões que impliquem em aporias ou problemas sem resolução. Neste campo comparativo, retomamos os conceitos de Hartmann, dos quais Viehweg se vale, segundo os quais o modo de pensar problemático detém seu foco na resolução de casos, mesmo que este processo implique em um processo de busca por sistemas. O modo de pensar sistemático, por sua vez, aplica à resolução de casos os pontos de vista pré-estabelecidos. Este, dadas às limitações do sistema, nos casos em que a solução não se encontra como parte dele, compreende a possibilidade de que não seja dada resposta alguma.

Os fatores de diferenciação dos conceitos de Hartmann, dos quais Viehweg se apropria, dizem respeito ao processo de orientação da resolução do problema: ao passo que o pensamento problemático se orienta pela operação de uma série de sistemas, o pensamento sistemático caracteriza-se pela rejeição imediata e preconcebida de conteúdos do problema que não coincidam com o ponto de vista estabelecido pelo sistema. A tópica serve, portanto, como técnica, ao modo de pensar problemático, o qual se ocupa da zona cinzenta da comunicação em razão da vagueza e ambiguidade<sup>31</sup> bastante comuns nas codificações de modo geral. A princípio, soa contra intuitiva a afirmação acerca da trivialidade da polissemia de uma norma jurídica estável e direcionadora. No entanto, embora este aspecto seja mais bem explorado adiante, vale antecipar o fato de que estas normas refletem uma série de representações. Isso porque o movimento constitucionalista carrega em seu bojo diversas dimensões temporais e subjetivas das quais a expressão linguística literal não é capaz de cuidar individualmente.

A Tópica de Viehweg, embora constitua um clássico dos estudos da argumentação jurídica, não foi poupada de severas críticas nos mais variados sentidos - seja pela ambiguidade da sua linguagem empregada ou mesmo pela indefinição de seus conceitos. O enfoque, no entanto, por ora, é que as atenções se voltem à crítica à recepção do conceito de

---

<sup>31</sup>ADEODATO, op. cit., 2018.

Hartmann pela Tópica de Viehweg. A escolha foi feita em razão da relevância de que esta diferenciação apresenta para esse trabalho. Entre as críticas apontadas à incorporação destes conceitos por Viehweg elencam-se as seguintes: o fato de o contexto dos conceitos ser bastante distinto do utilizado, além de uma possível dificuldade de situá-lo no campo jurídico. O objetivo desta pesquisa, no entanto, não é adentrar de maneira profunda às críticas direcionadas à teoria de Viehweg – o que não significa que elas não sejam conhecidas ou consideradas.

A partir dessa noção fragmentária das diretrizes do pensamento problemático, a tópica poderá assumir dois formatos denominados por Viehweg como tópica de primeiro e segundo grau<sup>32</sup>. A tópica de primeiro grau apresenta um formato considerado mais instável em razão de seu caráter geral, uma vez que orienta seu modo de trabalho a partir de uma forma mais simplificada e geral - visto que busca premissas adequadas à solução do problema enfrentado – não dispondo, de pronto, de nenhuma espécie de limite responsável por orientar esta busca. Por outro lado, a tópica de segundo grau conta com certas limitações, uma vez que realiza o movimento de busca das premissas nos catálogos de *topoi* - elaborados para que seja respondido de maneira mais específica o problema analisado. Estes *topoi*, por sua vez, podem subdividir-se em duas categorias em termos de aplicação: universalmente aplicáveis ou aplicáveis apenas a um ramo.

Deste modo, a partir da ideia de *topoi*, Viehweg insere no contexto hermenêutico uma esfera da *práxis* por meio da linguagem. Cabe compreender, no entanto, que o acolhimento deste conceito - ora retratado também por Aristóteles, Cícero e Curtius, entre outros - não equivale a uma tentativa de resolução do problema por meio dedutivo, posto que os catálogos de *topoi* não são premissas que visam este tipo de resolução – principalmente considerando o fato de que estas só são tomadas de sentido diante da leitura de um problema. O movimento de adesão aos *topoi* pode ser caracterizado como nada menos que um exercício problemático que dará sentido ao catálogo acolhido<sup>33</sup>.

No tocante ao acolhimento de determinado catálogo, mais um conceito relevante deve ser tratado no campo da tópica: o consenso. O modo de pensar topicamente é caracterizado, conforme já fora abordado, por um exercício de reflexão do problema. Deste modo, não se pode esperar deste método de resolução uma racionalidade centrada em deduções ou reduções

---

<sup>32</sup>VIEHWEG, op. cit., p. 36.

<sup>33</sup>ROESLER, op. cit., pp. 141-142.



em razão de seu caráter limitado<sup>34</sup>. Entretanto, o processo de escolha de sistemas que contenham premissas capazes de solucionar os casos apresentados consiste exatamente no campo de atuação da tópica. Deste modo, o consenso consistirá em um elemento fundamental devido ao fato de que a seleção dos catálogos que funcionarão como ponto de partida para a resolução do problema apresentado será fruto deste consenso. Assim como Chaim Perelman, Viehweg compreende, neste ponto, que a fundamentação das premissas iniciais se legitima perante a aceitação do interlocutor<sup>35</sup>. Portanto, perante o aspecto do pensamento problemático, a disputa pela aceitação, bem como esta adesão, corresponde a um exercício dialético capaz de legitimar os pontos de partida como premissas.

Assim sendo, a racionalidade estabelecida pelo raciocínio tópico abarcará a dimensão retórica da teoria e se definirá com base no que Viehweg denomina “Optimale Discutierbarkeit”<sup>36</sup>, algo como “a melhor discutibilidade” (ou discussão). No que diz respeito ao aspecto dogmático a ser considerado no processo de resolução dos casos, este funcionaria como uma espécie de “controle endógeno”<sup>37</sup> ao passo que o outro preceito exercerá a função do “controle exógeno”. Em razão do caráter de transição apresentado por esta forma de pensamento, a análise desenvolvida caminha entre os modelos de regras e de princípios – o primeiro, orientado pelas diretrizes kelsenianas e o segundo amplamente abordado por Dworkin para quem a complexidade do problema acerca da decisão judicial mais correta transcende o contraponto tomada por ativismo e auto-restrição judicial<sup>38</sup>.

Por esta razão, inevitavelmente, este trabalho cuidará de conceitos inerentes a cada um dos modelos durante este processo de transição, principalmente em razão da análise a ser desenvolvida pelo último capítulo acerca das variações e combinações desenvolvidas ao longo do processo de desenvolvimento do *topos* do sistema. Os desdobramentos destas mudanças ante um modelo de democracia deliberativa – ora em crise - serão tratados com maior detalhamento adiante. A despeito do não aprofundamento de uma possível oposição entre democracia e povo<sup>39</sup> trata-se, em certa medida, de um olhar sob a ascendência de paradigmas

---

<sup>34</sup>AMADO, 2018, p. 350.

<sup>35</sup>AMADO, op. cit., p.351.

<sup>36</sup>Cf. VIEHWEG, Theodor. **Zwei Rechtsdogmatiken**, in: ders Rechtsphilosophie und rhetorische Rechtsheorie. Gesammelte kleine Schriften, hrsg. v. Garrn, Heino, Baden-Baden 1995.

<sup>37</sup>AMADO, op. cit., p. 336.

<sup>38</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. **O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin**, p. 282. In NEJ-Vol. 11, n. 2, pp. 265-289. jul./dez. 2006.

<sup>39</sup> Veja-se MOUNK, Yasch. **O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Trad. Débora Landsberg e Cássio de Arantes Leite. Companhia das Letras. São Paulo. 2019.

que pareciam, até então, ter sido superados, mas que, de certo modo, ainda integram o lugar comum do pensamento contemporâneo.

## I.2 O Papel dos Mecanismos Argumentativos no Constitucionalismo Democrático

As constituições, enquanto característica invenção da modernidade, carregam uma série de projeções que acabam por vinculá-las, inevitavelmente, ao espectro político de um Estado com um significado distinto do que tivera outrora. Embora, à primeira vista, pareça intuitivo o entendimento de que o constitucionalismo pode ser automaticamente associado à democracia, esta constitui uma relação de grande complexidade, ao passo que a Constituição que se estabelece como instrumento de manifestação da soberania popular, é responsável também por sua limitação. Isso, portanto, reflete a necessidade - não óbvia e tampouco simples - de conciliar as concepções de Estado de Direito e Soberania Popular<sup>40</sup>. Em razão disso, é necessário compreender que as constituições carregam em seu bojo uma série de elementos históricos - sejam eles discursos, sujeitos ou perspectivas - sintetizados por expressões textuais<sup>41</sup>.

Ocorre que há tempos desmistificou-se a ligação necessária entre a teorização das constituições e seu sucesso<sup>42</sup> de modo que, embora o conceito de histórico de Constituição esteja estabelecido a partir uma espécie de gramática de práticas e usos do texto constitucional<sup>43</sup>, não objetiva este texto remontar suas origens até que se alcance temporalmente seu estado atual. Portanto, adota-se o entendimento de que após a aplicação da Constituição e da concretização dos direitos que ela prevê é que se torna possível avaliar a potência constituinte do Estado Democrático de Direito<sup>44</sup>. Deste modo, é possível compreender que o Judiciário realiza função determinante para que se perpetue a crença no

<sup>40</sup>Neste sentido, veja-se CHUERI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-171, jan/jun.2010.

<sup>41</sup>Neste sentido, veja-se a atenção dada em CARVALHO NETTO, Menelick de. **Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Revista Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul./dez. 1998 acerca do caráter textual das normas modernas às quais só se tem acesso mediante textos construídos e reconstruídos

<sup>42</sup>“A crença de que a literalidade do texto constitucional seja capaz de determinar o sucesso ou o fracasso da vida institucional é por demais simplória. Já há muito sabemos que textos constitucionais por si só nada significam. O problema é o de qual aplicação somos capazes de dar a eles”. PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick de. **Entre Permanência e Mudança: Reflexões sobre o Conceito de Constituição. Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, pp. 107.

<sup>43</sup>Ibidem, pp.107.

<sup>44</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. p.47.

Direito<sup>45</sup> em razão da função exercida ao assumir o processo interpretativo. Por meio deste, conclui-se pela melhor aplicação nos limites da norma posta. Em face da leitura de que a Constituição não cumprirá seu papel em relação à soberania popular caso encontre-se restrita à mera ferramenta de limitação do poder, debruça-se esta análise sob o papel dos mecanismos argumentativos relevantes para a concretização e manutenção do Estado Constitucional.

No campo da Teoria da Constituição discute-se sua natureza originária dadas às mudanças de significado ora supracitadas que levariam à formulação de si própria de modo a constituir uma Constituição Provisória<sup>46</sup>. Por outro lado, pode-se compreender que a aplicação da norma expressa nas decisões judiciais consiste em nada menos que uma operação do raciocínio jurídico de modo que se estabeleça entre o juiz e o legislador relação análoga àquela assumida por dramaturgo e ator: atendidas às palavras da peça, será inspirado para produzir seu conteúdo, porém o fará encarnando de modo particular a personagem<sup>47</sup>. Esta viabilidade deixa clara a dimensão argumentativa inerente ao processo interpretativo: cada juiz trará retoricamente justificativas para sua decisão sejam elas motivadas por questões formais ou materiais.

Em matéria de decisão colegiada, é de conhecimento geral a alta frequência de divergências entre julgadores durante a prática deliberativa que tem como objetivo final a tomada de decisão. Este fato comporta mais análises do que se possa supor à primeira vista, e que, embora não seja objeto de profunda discussão neste momento, muito pode apontar sobre as posturas retóricas e dialéticas de uma corte e seus membros. Virgílio Afonso da Silva aponta, por exemplo, um consenso por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal – tanto em exercício à época da pesquisa quanto aposentados – de que a forma de publicação dos votos divergentes não apresenta grandes problemas e tampouco entendem se afasta da dimensão do voto vencido<sup>48</sup>. Estes, ainda segundo o autor do estudo, veem na quantidade de votos individuais proferidos uma virtude e não um problema para o tribunal. Daí é possível inferir uma série de características a respeito desta corte e de seu funcionamento – a serem tratados também adiante.

---

<sup>45</sup>CARVALHO NETTO, Menelick de. **Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Revista Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul./dez. 1998.

<sup>46</sup>BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária**. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. out/dez 1994. p.41.

<sup>47</sup>MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>48</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal**. Direito, Estado e Sociedade. v.47. pp. 205-225.

Fica claro, neste sentido, o quanto a atuação da corte constitucional pode corroborar ou desfavorecer um regime democrático. Por este motivo, as chamadas “constituições sociais”, especialmente no que diz respeito à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, refletem uma espécie de “desformalização” a partir da orientação do direito para a discrepância entre a racionalidade estabelecida pelo formalismo jurídico e as expectativas contidas no texto constitucional<sup>49</sup>. Este movimento verá como importante fator de legitimação os procedimentos argumentativos. Deste modo, retomando o paralelo posto entre dramaturgo e autor, caberá ao aplicador compreender certos pressupostos contidos nas normas constitucionais em face do impasse trazido por sua imperfeição - esta passível resolução por meio da busca do aplicador por sua efetividade ou por seu direcionamento rumo à “ordem social desejada”<sup>50</sup>.

Este caminho percorrido resulta no desenvolvimento de um constitucionalismo ainda mais principialista e argumentativo<sup>51</sup> ora denominado por parte da doutrina “neoconstitucionalismo”<sup>52</sup>. Esta nova tessitura traz uma dimensão diferente ao entendimento de princípios e normas inserindo uma forma de resolução ponderativa e razoável para os casos concretos visando efetividade diante dos fatos ocorridos colocando em segundo plano o aspecto validade<sup>53</sup>. Ainda no que diz respeito ao neoconstitucionalismo, é crucial a percepção de que o discurso das Cortes Constitucionais desencadeia efeitos não apenas jurídicos, mas também políticos - o que reforça a percepção de Manuel Atienza acerca das razões pelas quais o interesse no estudo da argumentação jurídica ascendeu nos últimos anos, sendo um deles a relevância do processo argumentativo para a manutenção da maioria dos Estados Democráticos de Direito<sup>54</sup>.

Em face de tamanha importância, no entanto, é possível constatar que as constituições contemporâneas - responsáveis por positivar direitos, princípios e valores - apresentam um alto grau de abstração que provoca uma série de questões controversas no campo

<sup>49</sup> FERRAZ, Jr. Tércio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Barueri. Editora Manole. 2014. p. 46.

<sup>50</sup> Ibidem. p. 51.

<sup>51</sup> Ibidem. p. 73.

<sup>52</sup> A este respeito discordo da suposição de surgimento, realizada por muitos autores, - pelos quais nutro profunda admiração - em que as atribuições do aplicador da norma estariam vinculadas à argumentação apenas neste novo contorno obtido pelo Direito Constitucional. Entendo que a associação da retórica a um viés negativo - amplamente discutido pela historiografia da Teoria da Argumentação - evitou o quanto pôde tal associação. No entanto, é inegável o fato de que este novo marco amplia as possibilidades de inserção de tal teoria na Teoria Constitucional.

<sup>53</sup> Neste modelo a distinção entre normas e princípios é fundamental, para maior aprofundamento veja-se DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>54</sup> ATIENZA, op. cit., 2017, p.

interpretativo<sup>55</sup>. É natural que as controvérsias provocadas pela jurisdição constitucional diante de uma ferramenta relevante para a conservação de direitos e garantias fundamentais – outrora encarados de maneira individualizada – provoquem o questionamento acerca da existência de critérios racionais no processo de argumentação de caráter restritivo. Este questionamento pode ser bem abarcado e, portanto, respondido pelo entendimento de Perelman e Tyteca de que o campo do argumento situa-se no verossímil, do plausível, do provável, escapando às “certezas do cálculo”.<sup>56</sup> Manuel Atienza, ainda, afirma que o contexto de justificação que carregam as teorias da argumentação jurídica em detrimento à apresentação do contexto de descoberta<sup>57</sup>, portanto, o processo descritivo e prescritivo é que deve ser justificado e este seria, portanto, o modo de controlá-la<sup>58</sup>.

### **1.3 Uma análise da experiência Democrática da Teoria Constitucional no Estado Brasileiro a partir de Theodor Viehweg**

Cláudia Roesler, ao reconhecer a relevância da centralidade da Constituição no sistema jurídico dos Estados ocidentais, bem como a obsolescência dos conceitos meramente formais para fins de limite, propõe que se compreenda o papel desempenhado pela carta política a partir de alguns conceitos de Theodor Viehweg de modo a exercitar a compreensão dos limites dogmáticos impostos atualmente à interpretação e argumentação no âmbito constitucional<sup>59</sup>. A partir da consideração da autora de que o conceito de teoria de base, capaz de elucidar as questões supracitadas, é pouco explorado na literatura brasileira, este ponto do capítulo se propõe a promover brevemente esta análise, a partir da teoria de base de Viehweg, de alguns acontecimentos ao longo da experiência Democrática da Teoria Constitucional no Estado Brasileiro.

---

<sup>55</sup>ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg ¿Un Constitucionalista Adelantado a Su Tiempo?** DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29. 2006. p. 314.

<sup>56</sup>Cf. PERELMAN, Chaim; Olbrechts-Tyteca, Lucie. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. Trad. Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

<sup>57</sup>Cf. ATIENZA, **Razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

<sup>58</sup>A este respeito MacCormick, 2008, em **Retórica e o estado de direito**; traduzido por Conrado Hübner Mendes, afirma o seguinte: “o livro é uma “reelaboração de ideias que desenvolvi ao longo dos anos (...) a argumentação jurídica importa, entre outras razões, porque ela é uma chave para a possibilidade de um Estado de Direito genuinamente objetivo, mediado pelos julgamentos fundamentados das cortes” (p. 11).

<sup>59</sup>ROESLER, Claudia Rosane. **Para Compreender o Papel da Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito: Apontamentos a partir de Theodor Viehweg**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. v.7, n. 2. 2006.

Este texto não pressupõe que a experiência constitucional brasileira esteja deslocada do contexto geral dos Estados ocidentais, mas considera o caráter recente da democracia brasileira (bem como de sua Constituição) e suas consequências - no que diz respeito à coesão interna e instabilidade – que implicaram no movimento em prol da anistia, na Comissão da Verdade, nos dois processos de impeachment contra Presidentes da República e até mesmo uma virada na atuação da Suprema Corte em prol de uma postura mais ativista<sup>60</sup>. Desta forma, consideramos algumas particularidades, a partir da Teoria de Viehweg, para repensar os reflexos inerentes a estes tipos de fato para o Constitucionalismo Brasileiro ante a elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, seus efeitos sob a Constituição e sua aplicação, bem como a conexão inegável que se estabelece entre direito e política.

Viehweg estabelece como ponto de partida de uma investigação básica – propriamente de sua investigação básica – caminhos distintos e complementares: o estudo das instituições jurídicas enquanto sociais, mas também enquanto cumpridor de uma função social<sup>61</sup>. A esta função social estará vinculada a concepção de justo fixada por um grupo social. Esta, por sua vez, configura uma resposta vinculante a uma problemática social e pode advir ou se expressar a partir de máximas geracionais ou mesmo de normas e, uma vez submetidas a um controle de racionalidade, se tornará dogmática jurídica.<sup>62</sup> Esta dimensão será trabalhada com maior detalhamento adiante, mas deve ficar claro de pronto o fato de sua estrutura compor-se por dogmas centrais inter-relacionados e, a princípio, inquestionáveis. Este processo constitui o que se entende por teoria de base de modo que a *práxis*, por sua vez, oriente uma teoria dogmática da interpretação<sup>63</sup>.

Deste modo, é relevante considerar que o intérprete se sujeita a uma ordem constitucional que contém em si uma teoria do direito formal e material nem sempre visível aos olhos do processo prático<sup>64</sup>. A princípio, esta teoria carrega em seu bojo a função de estabelecer limites para o processo de interpretação para que seja fixado um campo das argumentações jurídico-dogmáticas possíveis naquele espectro da problemática da justiça<sup>65</sup>. Sendo assim, o papel da teoria de base é orientar a *práxis* – principalmente em razão da

---

<sup>60</sup>No que diz respeito à atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, tornou-se bastante recorrente o entendimento de que incide sobre a corte o fenômeno do ativismo judicial. Não é raro que essa leitura seja associada a uma postura negativa, no entanto não nos debruçaremos sob esta discussão neste momento.

<sup>61</sup>ROESLER, 2002, op. cit., p. 82.

<sup>62</sup>ROESLER, 2006, op. cit., p. 315.

<sup>63</sup>Ibidem, p. 316.

<sup>64</sup>Ibidem, p. 316.

<sup>65</sup>Ibidem, p. 316.

necessidade de decisão que se apresenta em determinado período histórico. Considerando o estabelecimento, portanto, de um campo de problemas suficientemente descritível e da disposição de respostas possíveis<sup>66</sup>, Viehweg sugere uma distinção entre os modos de pensar zetético e dogmático trabalhados pelo primeiro tópico deste capítulo.

Destarte, o autor relembra, ainda que, em razão da função social que assume esta teoria, não devem restar questões essenciais no campo dos problemas. O mesmo se aplica em razão de suas pretensões holísticas e de sua necessidade de revisão em face de aporias<sup>67</sup>. Considerando, portanto, as distinções que se apresentam entre ideologia e dogmática, é importante manter a vista o fato de a dogmática pressupor ideologia<sup>68</sup> – o que, no entanto, não a afasta de um processo de discutibilidade e questionamento futuro. A teoria de base é, pois, uma forma de ideologia que se aplica ao conteúdo da dogmática jurídica em determinado momento histórico<sup>69</sup>.

Neste sentido, o período histórico que orienta os caminhos em direção ao Estado Democrático de Direito é marcado pela dissolução gradual do regime militar - responsáveis pelo fim da ordem constitucional vigente anteriormente e caracterizado por muitos anos de autoritarismo e opressão - movimentos e ações de resistência em prol de uma nova Constituição – potencializada pelo movimento pelas eleições diretas; a atividade da Assembleia Nacional Constituinte; e a construção de uma nova ordem constitucional marcada pela garantia de direitos fundamentais e pelas expectativas em relação ao presente e ao futuro da Constituição<sup>70</sup>. Cristiano Paixão apresenta a necessidade de compreensão deste novo conceito (e até mesmo dessa nova ordem) como uma prática política que suporta ideias, discursos e ações, principalmente considerando as subseqüentes reafirmações de um “projeto constitucional autoritário” latente dos anos anteriores<sup>71</sup>. Cabe retomar, guardadas as devidas proporções, a abordagem feita no início do capítulo: a originalidade da violência com que a ditadura militar atuou tampouco tinha a intenção de assumir alguma roupagem quanto à forma

---

<sup>66</sup>Ibidem, p. 316.

<sup>67</sup> VIEHWEG, op. cit., p. 103.

<sup>68</sup>ROESLER, op. cit., p. 319.

<sup>69</sup>ROESLER, op. cit., 319.

<sup>70</sup>PAIXÃO, Cristiano. **Direito, Política, Autoritarismo e Democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988**. In Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 13, nº 26. Segundo Semestre de 2011. P. 155.

<sup>71</sup>Ibidem.

de governo – esta apenas se valeu do Estado como ferramenta para a perpetuação de um inimigo a ser combatido em nome de determinada ideologia<sup>72</sup>.

Portanto, toma-se como referencial a teoria de Viehweg e sua indicação de que o conceito de justo assumido por um grupo social deve estar vinculado a uma problemática social que cumpre função social a partir da obtenção de resoluções<sup>73</sup>. O resultado deste processo, portanto, independentemente de seu modo de implementação, assumirá o papel da dogmática jurídica. No processo de reestabelecimento (ou renascimento) da democracia esforçou-se o governo decadente para guiar a abertura a seu modo durante o caminho para a elaboração da nova Constituição. No entanto, o movimento a ser considerado para a positivação desta foge do controle dos militares, de modo a nortear-se pelas manifestações populares e estabelecer-se na pauta comum às Constituições Democráticas em favor dos Direitos e Garantias Fundamentais. Entretanto, resta analisar uma peculiaridade deveras importante do processo de Constitucionalização da República do Brasil: a instituição da anistia por meio da Lei nº 6.683/79.

Com fundamento nesta norma, a teoria material do Direito fixou as diretrizes do esquecimento e o atropelamento do resgate de memória do regime autoritário que vigorou no Brasil. Como bem expressa Cláudia Roesler, ainda no mesmo processo analítico, a consubstanciação da dogmática em normas escritas, resolve apenas uma parte da questão, como indicativo do que deve ser compreendido como teoria de base<sup>74</sup>. Esta, em sua face prática, exige a fixação de uma “teoria dogmática da interpretação”- também mencionada anteriormente - para obtenção da teoria de base. Deste modo, foram fixados paradigmas opostos no âmbito dogmático teórico, uma vez que a garantia dos direitos humanos foi simultaneamente disposta a uma negação da história e dos reflexos que esta implicou a tais garantias. Portanto, para a construção efetiva da Teoria de Base, a práxis interpretativa se deu por meio de uma decisão da Suprema Corte Brasileira em face da iniciativa do Ministério Público, no ano de 2008, que discutia a possibilidade de abertura de processos penais de responsabilização de agentes do Estado ou terceiros envolvidos nas torturas e homicídios registrados durante aquele período. A decisão da Corte sinalizou a impossibilidade de penalização dos perpetradores em razão do alcance da Lei de Anistia<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup>ARENDT, op. cit.

<sup>73</sup>ROESLER, op. cit, p. 315.

<sup>74</sup>Ibidem, p. 316.

<sup>75</sup>STF, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, decisão publicada no órgão oficial de imprensa em 06.08.2010.



Diante da situação analisada, fica clara não apenas a falta de uniformidade por parte da teoria material do direito, mas uma total contradição da opção feita pelo conceito de justo em detrimento de uma normativa marcada por discursos total e completamente diversos do *topos* predominante no âmbito do constitucionalismo democrático. Outro exemplo que pode dar valia à análise realizada e à conclusão de que o Estado Democrático Brasileiro opera sob a égide de uma democracia que, embora tenha assumido em seus 30 anos uma face de crise, há tempos já apresentava uma série de impasses para ser desfrutada de maneira plena, é a criação do “direito do trabalho do inimigo”. No ano de 2016, o STF julgou dois processos que envolviam direito de greve de empregados e servidores públicos no sentido de impedir, em termos práticos o exercício do direito a partir da imposição de um desconto na remuneração.

A lógica utilizada pela decisão da Suprema Corte não apenas viola a previsão Constitucional como restaura um “lugar comum”, típico de sistemas conservadores, que sugere o caráter subversivo da greve e a necessidade de medidas repressoras, o que inviabiliza seu exercício. Deste modo, é compreensível o fato de que, embora a Constituição Federal tenha se estabelecido de forma democrática e inovadora<sup>76</sup>, a coesão do sistema ainda reflita uma tarefa de difícil persecução. No entanto, se analisadas a partir dos conceitos de Viehweg, o estabelecimento de sua Teoria de Base e a busca pelo justo, nota-se um longo caminho a ser percorrido adiante. Além disso, pretende-se continuar esta análise ao longo deste trabalho no que diz respeito à nova etapa por que passa o modelo democrático (em âmbito mundial e nacional), bem como o papel da argumentação jurídica e da atuação das Cortes Constitucionais neste processo.

---

<sup>76</sup>PAIXÃO, Cristiano. **Direito, Política, Autoritarismo e Democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988**. In Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 13, nº 26. Segundo Semestre de 2011. Pp. 146-169.

## CAPÍTULO II - A EXPRESSÃO TÓPICA DAS SENTENÇAS MODIFICATIVAS

### II.1 As Omissões Normativas Inconstitucionais e o Controle de Constitucionalidade

Ante as diretrizes para a abordagem da Teoria do Direito adotadas por este texto é imprescindível considerar sua dimensão operacional para a norma vigente<sup>77</sup>. Tal dimensão constitui uma espécie de “chave interpretativa”<sup>78</sup> de grande importância para a jurisdição constitucional brasileira da qual se extrai facilmente um grande distanciamento perante a realidade social e política do país. Conforme fora analisado no primeiro capítulo, pode ser notada uma série de inconsistências entre a dogmática jurídica e as soluções oriundas de uma problemática acerca do conceito de justo compreendido por um grupo social. Deste modo, considerando que o que compõe a dogmática jurídica não é a língua, mas um discurso estilisticamente caracterizado tanto pela produção - que se expressa pelo discurso - quanto por quem a recebe - que, por sua vez, contribui para produzir a mensagem<sup>79</sup> - não apenas os dizeres são responsáveis por falar, mas também seus silêncios o são.

Assim como boa parte das Constituições inerentes ao movimento constitucionalista derivado do período pós-guerra, a Constituição de 1988 apresenta uma série de normas desprovidas de aplicabilidade imediata. Como consequência desta característica, a obscuridade normativa manifesta-se, entre outros fenômenos, na figura da omissão. Por essa razão, esta realidade representa um grande desafio para os sujeitos envolvidos no que diz respeito às possibilidades de solução do problema<sup>80</sup>. A necessidade de solução, por sua vez, é característica do modelo de Estado Social dada a sua competência ativa não apenas para reconhecer direitos, mas de trazer prestações efetivas para sua garantia. Deste modo, existem dois momentos da adoção deste modelo que culminam diretamente na necessidade de resolução das omissões inconstitucionais: a adoção de Constituições Dirigentes e o reconhecimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup>CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2012. p. 192.

<sup>78</sup>CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte, Minas Gerais. Livraria Mandamentos Editora. 2001.

<sup>79</sup>BOURDIEU, Pierre. **O que falar quer dizer: a economia das trocas linguísticas**. 1996.

<sup>80</sup>A este respeito veja-se MENDES; MARTINS. **Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

<sup>81</sup>LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Paradoxo entre Constitucionalismo e Democracia: Alternativas à colmatação de lacunas inconstitucionais no Brasil**. p. 21.

Para cumprir este papel prestacional, foram instituídas uma série de normas de cunho infraconstitucional pelo poder legislativo a fim de integrar e densificar as metas e expectativas postas ao longo do texto constitucional. Como ferramenta complementar ao processo de integralização e salvaguarda da unidade constitucional resta a sanção jurídico-constitucional cujos destinatários são órgãos e Poderes de Estado responsáveis pela inércia que provocou a lacuna normativa. Em se tratando do controle de constitucionalidade como forma de solucionar os impasses criados pelas lacunas suscitadas acima - a ser tratada com maior detalhamento adiante - é inegável o desconforto provocado por este instituto no que diz respeito ao esvaziamento democrático da norma pré-estabelecida. Apesar do reconhecimento do sistema de freios e contrapesos subsiste a ideia de que a atuação do Judiciário no processo de cassação ou modificação de disposições relevantes estabelecidas por representantes democraticamente escolhidos enfrentaria problemas no âmbito da legitimidade da jurisdição constitucional.

Discute-se, ainda, uma possível falta de limitação à atuação das cortes constitucionais - o que originou o debate contemporâneo acerca de um fenômeno jurídico denominado ativismo judicial, segundo o qual a postura proativa do Judiciário provocaria significativa interferência nas decisões políticas de outros poderes. Este estudo, no entanto, não tem como objetivo tratar deste fenômeno e tampouco de suas dimensões - dada a vasta literatura disponível sobre o assunto<sup>82</sup>, mas não apenas por isso: um eventual aprofundamento na temática traria ao estudo algumas complicações dado que a questão central que envolve o ativismo judicial como fenômeno jurídico trata, principalmente, da controvérsia acerca das consequências imprimidas pela atuação proativa dos julgadores no processo hermenêutico com maior enfoque em princípios constitucionais do que na norma para solucionar situações problema, por vezes incumbindo a outros poderes a obrigação de fazer ou não fazer algo. Um exemplo notório e bastante recorrente diz respeito à imposição ao Poder Público, em matéria de políticas públicas, para a distribuição de medicamentos e terapia mediante decisão judicial<sup>83</sup>. Esta análise, no entanto, não busca se eximir das questões democráticas que envolvem as sentenças modificativas, posto que o pensamento por problemas necessariamente

---

<sup>82</sup>A exemplo veja-se BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication**. Deconstructing Balancing and Judicial Activism. Dordrecht; Springer, 2010 e VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. Revista Direito GV Vol. 8, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. pp. 407/440.

<sup>83</sup>BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. n. 13, Madrid. 2009. p. 23.

diz respeito a questões entre jurisdição constitucional e o legislador e, por consequência, entre direito e política.

Conquanto a expansão do poder Judiciário tenha se dado indiscutivelmente pós-88, não ficou claro de imediato qual seria o papel assumido pela suprema corte no cenário político-institucional<sup>84</sup>. Uma postura mais contida no processo de proteção dos direitos fundamentais que visava à solidificação da jurisprudência culminou em uma postura ambígua do Supremo Tribunal Federal.<sup>85</sup> No entanto, algumas decisões individuais e até mesmo declarações informais dos ministros<sup>86</sup> fizeram com que a corte galgasse espaço de destaque na arena política em casos como o que fora citado. Apoiado, a princípio, pelos outros poderes para atuar nessa condição de protagonismo<sup>87</sup>, estrategicamente amparado pelo instrumental disponível (como as Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADC's) passou a constituir jurisprudência acordada pelo plenário sob estes moldes influenciando em controvérsias de grande repercussão política.

Esta conjuntura abala, de certo modo, a estrutura original da separação de poderes visto que avança sobre as competências típicas para além da fiscalização e responsabilidade recíprocas características da sistemática de *checks and balances*. Contudo, a ruptura deste *status quo* não necessariamente gera embates a princípio: o principal desconforto neste âmbito advém da necessidade de solução dos denominados *hard cases*<sup>88</sup> que, por sua vez, envolvem questões que permitam mais de uma resposta - característica chave do que Viehweg entende por problema. Esta resposta, quando oferecida pelo Judiciário - principalmente por meio das cortes constitucionais - não pode recorrer à cultura jurídica para legitimação democrática, dado o fato de esta atuação ter se desenvolvido basicamente com base na prática constitucional estrangeira, com destaque para a norte-americana e alemã<sup>89</sup>.

Deste modo, a omissão inconstitucional oriunda da falta de cumprimento das imposições constitucionais ou da demanda legislativa, apesar de configurar expressamente a inércia do poder legislativo - uma vez que constitui uma violação ao princípio da constitucionalidade<sup>90</sup> - encontra alguma dificuldade para legitimar-se a partir da resposta do

---

<sup>84</sup>MAIA, 2013, p. 81.

<sup>85</sup>Ibidem.

<sup>86</sup>Ibidem.

<sup>87</sup>Ibidem.

<sup>88</sup>DWORKIN, op. cit., p. 127.

<sup>89</sup>MAIA, op. cit., p. 84.

<sup>90</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1993, p. 361.

Judiciário. As omissões legislativas podem ocorrer relativa ou absolutamente. No caso das omissões relativas, o órgão julgador enfrenta um impasse ante a possibilidade da consideração total da inconstitucionalidade da lei por violação do princípio da igualdade ou da busca de uma alternativa para a conservação do direito concretizado e, simultaneamente, o restabelecimento da isonomia. Este segundo efeito pode ser obtido pelas sentenças com efeitos aditivos, também denominadas modificativas - retratadas com maior detalhamento adiante - adotadas em diversas jurisdições constitucionais, mas ainda utilizadas com alguma timidez pela jurisdição brasileira. Neste formato de controle de constitucionalidade opta-se pelo trâmite da inconstitucionalidade por ação em detrimento das ferramentas tradicionais que visam resolver a omissão.

As sentenças aditivas situam-se taxonomicamente no que se denomina “sentenças manipulativas” ou “sentenças intermédias” da justiça constitucional<sup>91</sup>. Por sua vez, são categorizadas pela doutrina portuguesa<sup>92</sup> como espécies daquelas as decisões de efeitos aditivos, bem como as sentenças que modulem sua eficácia temporal e, por fim, as sentenças interpretativas. Todas estas modalidades, a princípio, supostamente refletiriam a consciência das cortes constitucionais acerca dos impactos fáticos do processo decisório. No entanto, esse tipo de manifestação apenas se articula em torno de uma série de problemas de difícil resposta não necessariamente caracterizados pela necessidade de ação suplementar por parte de algum dos poderes. Por vezes, estas atuam sob a égide de um ideal de correção ou aperfeiçoamento do texto que, por sua vez, coloca a corte constitucional num papel cuja linha divisora para com o poder constituinte reformador, em termos de atividade, é bem tênue.

Essa afirmação se sustenta pelo fato de que essas modalidades de sentença não são apenas uma possibilidade de interpretação conforme a Constituição com adição de sentido, posto que inexistente a presunção de constitucionalidade da norma ao lado da multiplicidade de interpretações possíveis - algumas delas incompatíveis até mesmo com a própria Constituição<sup>93</sup>. As sentenças modificativas figuram, portanto, como uma forma de solução de um problema dado pelo Tribunal, o qual, por sua vez, confere sentido ao texto legal no sentido de adicioná-lo, reduzir ou mesmo substituir. Portanto, a ausência de alteração textual não impedirá tampouco a mudança de seu significado. A este respeito, a inexistência de autorização normativa que fundamente a edição de sentenças modificativas demonstra que a

---

<sup>91</sup>MORAIS, Carlos Blanco de. **As sentenças com efeitos aditivos**. In.: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 17

<sup>92</sup>Ibidem.

<sup>93</sup>MENDES, 2007.

legitimação deste direcionamento tomado pela Corte Constitucional reflete esforços jurisprudenciais e doutrinários<sup>94</sup>.

O empenho visualizado nessas duas dimensões remete à origem das sentenças modificativas: na Itália da década de 70, boa parte da legislação infraconstitucional consistia em herança do regime fascista - encerrado apenas no ano de 1943. Diante deste cenário e da inércia do legislativo<sup>95</sup> para regulamentar a nova ordem proposta pelo direito constitucional, o Tribunal Constitucional tomou para si o papel de se desfazer deste fantasma alimentado pelas outras esferas do poder e regular as omissões contidas na nova ordem voltada à salvaguarda dos direitos fundamentais. Este período de transição, a despeito de sua turbulência no que tange às relações entre o Judiciário e o parlamento, consolidou a Corte Constitucional Italiana como importante agente institucional reconhecido e aceito tanto pela opinião pública quanto pelo sistema político<sup>96</sup>.

No entanto, assim como nas demais jurisdições constitucionais do Ocidente, a legitimidade da Corte Italiana tem sido posta em xeque. Este contexto de crise e sua correlação com a tópica será trabalhado detalhadamente mais adiante. Por ora, o objetivo deste capítulo é compreender, a partir da dimensão das omissões constitucionais e suas formas de resolução no âmbito do controle de constitucionalidade, a utilização do instituto explorado pelas Cortes Constitucionais como um reflexo da necessidade do Direito de pensar topicamente. É inevitável, portanto, que sejam ponderados o funcionamento desses tribunais, sua dimensão histórica e seus efeitos na esfera democrática para que seja compreendida, no campo da unidade, a cultura constitucional ocidental.

No que diz respeito à tentativa de recuperação de uma “unidade de sentido” dos fenômenos que conduzem a jurisdição constitucional rumo à contemporaneidade, a preocupação em relação ao futuro da ordem constitucional ocidental é uma constante. Curtius, no prefácio de sua obra “Literatura Europeia e Idade Média Latina” diz que seu livro não é fruto apenas de objetivos meramente científicos, mas de uma preocupação relativa à preservação da cultura ocidental - tendo em vista a necessidade de demonstração da unidade dentro do caos intelectual do presente”. Por esta razão, a partir da proposta de Viehweg de

---

<sup>94</sup>MAIA, 2004. A este respeito veja-se também MORTATI, Costantino. **Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore**. In: MORTATI, Costantino. Raccolta di scritti: problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1972.

<sup>95</sup>GROPPI, Tania; **The Italian Constitutional Court: Towards a Multilevel System of Constitutional Review**, 3 JCL, 2008 p. 113.

<sup>96</sup>Ibidem, p. 115.

compreender a complexidade gerada pela amplitude do fenômeno jurídico<sup>97</sup>, diante da diferenciação entre dogmática e zetética, parece necessário que se desenvolva uma tentativa de compreender as disputas que se colocam em relação ao tempo<sup>98</sup> do ordenamento.

Ocorre que a experiência do constitucionalismo no Brasil excede a dualidade democracia/autoritarismo<sup>99</sup> - muito embora tanto os casos europeu quanto sul-americano sejam caracterizados por seu teor democratizante<sup>100</sup>. Este entendimento, no entanto, não procura particularizar a história brasileira, mas encontrar o fio condutor da narrativa que se constrói sob a reinvenção da tópica a cada uso da Constituição, a atribuição de sentido e a *práxis* jurídica com base nela. Deste modo, a partir da necessidade de solução de demandas oriundas da prática, Zagrebelsky<sup>101</sup> observa que “o mecanismo incidental aproxima a pronúncia da Corte à grande agonia da interpretação judiciária do direito”, em razão da insuficiência das disposições normativas para lidar com casos relevantes. É nesta demanda, principalmente, que se apresenta a tópica dos acordos incompletamente teorizados e dos conceitos essencialmente controversos como característica das constituições abertas<sup>102</sup> e que direcionam este estudo para uma das soluções para essas imprecisões assentadas pela ordem constitucional vigente no Ocidente: as sentenças aditivas - de garantia e prestação ou de princípio.

A técnica decisória denominada “sentenze additive di garanzia” direciona a solução da omissão inconstitucional a partir da agregação por reconhecimento de determinado direito<sup>103</sup>. Por outro lado, a inconstitucionalidade em razão de omissão que consista em violação ao princípio da igualdade constitui o que se entende por “sentenze additive di principio<sup>104</sup>”. A prática, portanto, não deve ser resultado da mera “criatividade” da Corte, mas da análise de outras normas e princípios contidos no ordenamento<sup>105</sup>. Os precedentes italianos demonstram,

---

<sup>97</sup>ROESLER, op. cit.

<sup>98</sup>PAIXÃO; CHUERI, 2018.

<sup>99</sup>PAIXÃO, op. cit.

<sup>100</sup>Ibidem.

<sup>101</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. **Processo Costituzionale**. Milano: Giuffré Editore, 1989, p. 644.

<sup>102</sup>ROESLER, Cláudia Rosane. **Para Compreender o Papel da Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito: Apontamentos a partir de Theodor Viehweg**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. v.7, n. 2, p. 314.

<sup>103</sup>Veja-se Sentenze 190/70.

<sup>104</sup>Veja-se Sentenze 1/91.

<sup>105</sup>CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni Di Diritto Costituzionale**. Quinta edizione interamente riveduta. Tomo II, 2 – L'ordinamento Costituzionale Italiano (La Corte Costituzionale). Padova: CEDAM, 1984.p. 404.

portanto, cautela na utilização deste recurso caracterizando uma espécie de *ars inveniendi*, um estilo de pensamento problemático que parte da descoberta e exame de premissas<sup>106</sup>.

Neste sentido, Gilmar Mendes<sup>107</sup> suscita a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal (STF) abandone a tese do legislador negativo<sup>108</sup> diante da questão da omissão legislativa de modo a caminhar em direção ao manuseio de decisões interpretativas com eficácia aditiva. Cabe, ainda, a identificação trazida por Zagrebelsky da chamada “justiça constitucional cosmopolita”<sup>109</sup> a ser tratada com maior detalhamento no tópico subjacente. Essa face da expectativa acerca da dinâmica de funcionamento da jurisdição constitucional contemporânea também é explorada pela doutrina nacional<sup>110</sup> a qual reflete sobre as perspectivas de participação dos tribunais estrangeiros no processo de proteção e concretização de direitos fundamentais. Um debate, cujo termo ainda é citado de forma incipiente, tem adentrado com alguma autonomia à academia sob a denominação de “transconstitucionalismo”<sup>111</sup> - o qual contempla as possibilidades envolvidas no processo de entrelaçamento de ordens jurídicas diversas a ser retratado adiante.

Por fim, ressaltou a doutrina<sup>112</sup> um rol de possibilidades de utilização da técnica decisória de efeitos aditivos sob a consideração de três prerrogativas: a existência de uma Constituição marcada pela *práxis* que contenha expresse ideal de progresso; a permanência de um ordenamento de resquícios notadamente autoritários e, por fim, a ineficácia do poder legiferante para responder em tempo hábil as necessidades postas pelo contorno constitucional. É notável, portanto, que estas dimensões alcançam tanto a realidade da Europa pós-guerra quanto o Brasil contemporâneo. Por esta razão, é possível verificar a inconstitucionalidade por omissão com base nos fatores elencados e, portanto, tal esvaziamento normativo comporta de forma subsidiária o instituto das sentenças modificativas - enquadrando-se nos moldes zetético e dogmático ora mencionados.

---

<sup>106</sup>ATIENZA, 2001, p. 45.

<sup>107</sup>MENDES, Gilmar Fereira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO; Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 1309.

<sup>108</sup>O conceito de “legislador negativo” diz respeito a uma contribuição Kelseniana para caracterizar a atuação do Tribunal Constitucional no âmbito do controle de constitucionalidade.

<sup>109</sup>ZAGREBELSKY, Gustav. MARTINI, Carlo Maria. **La exigencia de justicia** Trad. Miguel Carbonell. Imprenta: Madrid, Trotta, 2006. p. 35.

<sup>110</sup>Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

<sup>111</sup>NEVES, Marcelo. **Trasconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009.

<sup>112</sup>Cf. MENDES; BRANCO, 2012, com base em Augusto Martin de La Vega, p. 1938.



## II.2 A Argumentação como Procedimento de Legitimação e a Dimensão Retórica das Sentenças Modificativas

A dimensão retórica dos conflitos jurídicos trabalhada ao longo deste estudo evidencia que este campo já havia sido abordado anteriormente pela tradição jurídica antiga e foi, posteriormente, colocado de lado em razão da preponderância de uma forma de racionalidade voltada pura e simplesmente para a lógica dedutiva. Deste modo, sabe-se que a tradição retórica antiga observava um procedimento argumentativo dogmático<sup>113</sup> no qual o questionamento vinculava-se à discussão dos dogmas utilizados como ponto de partida sem negá-los<sup>114</sup>. A utilização da própria norma como questão posta restringe os caminhos possíveis em direção à solução fazendo com o ato de argumentar esteja situado em um dos três níveis gerais: análise, crítica e metacrítica<sup>115</sup>. Este procedimento argumentativo se concentra na pretensão de validade das asserções<sup>116</sup> ligadas, portanto, a um ônus probatório que se conecta majoritariamente à dimensão dogmática.

No entanto, em razão do deslocamento do processo hermenêutico da “cultura dos códigos” para uma dinâmica de superação deste enfoque tradicional em favor de uma leitura de principiológica de ponderação<sup>117</sup> consolida-se o papel do Estado no processo de elucidação de omissões que compõem o texto constitucional. Deste modo, em sede de argumentação jurídica, seu papel passa a integrar caráter persuasivo no âmbito da legitimação. Isso porque não mais existe apenas uma forma de efetivação de direitos - o dogma posto e aplicado -, mas também a partir de leituras possíveis das proposições contidas nas Constituições modernas. Deste modo, o surgimento dos *topoi* principiológicos, embora não tenha por objetivo conduzir o direito rumo à perda de sentido de seu lugar-comum positivo, direciona a técnica decisória no sentido de demandar menor exigibilidade do ônus da prova e maior no que diz respeito à consequencialidade das decisões que constituam uma antecipação da legitimidade do que ainda virá<sup>118</sup>. Este “prognóstico de legitimidade”<sup>119</sup> fortalece a dimensão de pensamento zetético caracterizada por certa fragilidade na origem, mas carregada de aceitação momentânea fruto de suas possibilidades de verificação. A ordem do Estado Constitucional, portanto, será responsável pela inserção da prerrogativa de que é a uma a Constituição.

<sup>113</sup>FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. **Argumentação Jurídica**. Barueri. Editora Manole. 2014, p. 33.

<sup>114</sup>Ibidem.

<sup>115</sup>Ibidem.

<sup>116</sup>Ibidem, p. 35.

<sup>117</sup>Ibidem, p. 37.

<sup>118</sup>FERRAZ Jr, **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980. pp. 172-188.

<sup>119</sup>Ibidem.

A partir desta estrutura, sob aspecto argumentativo, vê-se um articulado de sentido disposto sob a égide de uma ordem interna que se submete ao *topos* da hierarquia<sup>120</sup>. Por este motivo, as normas do modelo constitucional passam a ser vistas como o que Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao citar Karl Engisch, define como sendo “um sistema de normas coordenadas e inter-relacionadas que se condicionam reciprocamente”<sup>121</sup>. A despeito da necessidade de abrangência que a concepção formal do que se tem por hierarquia deve apresentar neste contexto, a insuficiência lógico-dedutiva do sistema subsiste<sup>122</sup>. É inevitável, portanto, perceber a dimensão retórica intrínseca à narrativa constitucional. O que a afasta, por conseguinte, da interpretação de bloqueio. Esta forma de argumentação de legitimação presume, em síntese, que o último não se vinculará aos dogmas dispostos, mas promoverá um maior exercício de análise para que seja traçado um caminho que alcance a transformação da realidade por meio da *práxis*.

Neste sentido, a realidade da prática constitucional é marcada por uma série de omissões - ora esmiuçadas pelos casos em que se recorre à técnica das sentenças aditivas, por exemplo – que não necessariamente diz respeito à necessidade de preenchimento de lacunas. Ocorre que, a partir de uma norma legal comum pode ser que o que se busque seja apenas a ampliação do seu campo de significação. Este processo argumentativo de justificação envolve a dimensão mais característica do direito como reflexo da complexidade das inter-relações humanas. A demanda pela resolutividade de conflitos objetiva a determinação de um sentido vinculante da norma que, por sua vez, refletirá o sentido do dever-ser tanto para o destinatário quanto para o remetente originário da norma<sup>123</sup>.

Assim como foi previamente exposto, as sentenças aditivas constituem uma técnica responsável por garantir as razões dadas pela Constituição para que aja de certa maneira. Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr. distingue os preceitos constitucionais do texto que se ocupa da positivação *stricto sensu* e que compõem o documento escrito<sup>124</sup>. Este processo reflete expressamente o procedimento tópico exposto por Theodor Viehweg - como um estilo de reflexão acerca do problema e não um método. Isso porque, segundo ele, a jurisprudência

---

<sup>120</sup>Ibidem, p. 40.

<sup>121</sup>Ibidem, p. 41.

<sup>122</sup>Ainda neste sentido, FERRAZ Jr. salienta o seguinte: “Essa unidade de sentido não se obtém se consideramos a Constituição sem conexão com a própria realidade constitucional, enquanto uma experiência normativa, vivida e concreta da comunidade. Por isso, sua unidade de sentido não tem apenas uma dimensão teológica própria do sistema de valores que lhe é ínsito. Quando se fala de sistema de valores, é preciso precaver-se contra uma interpretação abstrata e por isso mesmo incontrolável”. pp. 42.

<sup>123</sup>FERRAZ Jr., op. cit., p. 91.

<sup>124</sup>FERRAZ Jr., op. cit., p. 92.

não consegue obedecer a um procedimento lógico e rigorosamente verificável que construa um sistema dedutivo. Descreve, ainda, que esta contém muito de “arbítrio amorfo” e pouco de “demonstração rigorosa”<sup>125</sup>. Estas características, no entanto, não impedem que a jurisprudência alcance um alto grau de confiabilidade<sup>126</sup>

Consequentemente o instituto das sentenças aditivas carrega uma dimensão tópica bastante vinculada à teoria dos lugares comuns e, portanto, às acepções estritas e amplas do processo argumentativo<sup>127</sup>. A dinamicidade demandada pela natureza da jurisdição constitucional contemporânea - orientada inicialmente por princípios - se organiza por meio de um agrupamento básico de lugares-comuns em prol da persuasão do argumento. Por outro lado, a organização deste repertório constitui a técnica de pensar por problemas em direção a um modo de pensar diante de possíveis aporias da justiça<sup>128</sup>. Neste sentido, não há que se falar em uma possível atuação da jurisdição constitucional como legislador positivo, dada a sua atuação no âmbito da *ars inveniendi* - ainda sujeita à própria Constituição. Os lugares-comuns constituídos pelos princípios permitem que se aborde questões jurídicas a partir do pensamento problemático, não se desprendendo do caráter temporário de resposta, sujeito à modificações interpretativas futuras.

O afastamento da jurisdição dos cânones direcionadores do julgamento de outrora apenas demonstra uma maior abertura para o processo decisório. O Judiciário, portanto, ao recorrer às sentenças modificativas busca nada mais do que a efetivação de direitos e garantias fundamentais de aplicação latente em razão da omissão inconstitucional. Tais pretensões estão calcificadas pela origem da chamada “doutrina brasileira da efetividade” que visa assegurar que os direitos subjetivos possam ser exigidos diretamente do poder público ou de particular garantindo a plena eficácia da Constituição Federal.<sup>129</sup> As dimensões da razoabilidade e ponderação adquirem, portanto, um espectro de contingência a partir do lugar comum principiológico que organiza repertórios argumentativos. Estes, no entanto, não se colocam de maneira sistemática, lógico-dedutiva e tampouco hierárquica, mas como dados que orientam a argumentação de legitimação para possíveis consequências futuras<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup>VIEHWEG, op. cit., p. 71.

<sup>126</sup>Ibidem, p. 71.

<sup>127</sup>FERRAZ Jr, op. cit., p. 93.

<sup>128</sup>VIEHWEG, op. cit., p. 33.

<sup>129</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para construção técnica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 28-29.

<sup>130</sup>FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. **Argumentação Jurídica**. Barueri. Editora Manole. 2014. p. 93.

A base das sentenças aditivas e de sua dimensão tópica está, portanto, no processo argumentativo de legitimação, e não tanto de validação conforme a tradição de outrora, capaz de controlar a contingência dos resultados a partir das possíveis ocorrências que virão a suceder<sup>131</sup>. Deste modo, fica clara, na prática, a leitura de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Se, no passado (quando apareceram os direitos fundamentais sociais, chamados de segunda geração), a argumentação jurídica dirigia-se a postular uma intervenção na forma de uma prestação garantidora (prestação jurisdicional: direito de ação judicial é tutela judicial), agora uma argumentação legitimadora mediante princípios até começa com uma prestação de garantia (direito à previdência e à saúde), mas avança para direitos e prestações capazes de não apenas proteger os desiguais em face dos iguais, mas de promover entre ambos uma igualdade, não apenas com olhos para um antecedente: todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, mas voltados para uma dimensão futura: todos têm direito à igualdade, isto é, à garantia de se tornarem iguais (FERRAZ Jr., 2014, p. 94-95).

As razões de agir dentro desta lógica, portanto, excede o mero ativismo das cortes superiores posto que estes princípios e pressupostos passam a ser aplicados de forma mais direta com enfoque não apenas dogmático, mas também zetético - a partir da qual as possibilidades de decisão obedecerão de forma mais interessante às exigências de legitimação das possíveis dimensões futuras. É claro que esta atuação deve ser observada dentro das possibilidades de desenvolvimento da jurisprudência, mas dado o fato de que as “escolhas nas quais o código justo/injusto falha como guia, válvulas de escape têm, afinal, de ser encontradas. E é esse o papel da tópica principiológica”<sup>132, 133</sup>.

O motivo desse distanciamento é simples e em nada se aproxima ao desprezo pela temática: ocorre que, assim como na reflexão acerca do ativismo judicial, o tema demanda uma análise cuidadosa que provocaria um desvio temático neste estudo. Além disso, conta com excelente bibliografia neste sentido<sup>134</sup>. O foco do texto, portanto, embora não ignore a pertinência dos mais diversos aspectos para o espectro democrático da jurisprudência, não se propõe a cuidar de todos eles. As referências à tópica (e a retórica) e às sentenças aditivas na jurisdição constitucional contemporânea são aqui estabelecidas sob um viés estrutural cujo

<sup>131</sup>Ibidem, p. 94.

<sup>132</sup>Ibidem, p. 96.

<sup>133</sup>Alguns outros fatores que dizem respeito ao processo decisório do Supremo Tribunal Federal - majoritariamente externos como opinião pública ou mesmo internos como a sobreposição da perspectiva individual à institucional - não foram tomadas como centro desta análise.

<sup>134</sup>A este respeito, veja-se: MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição constitucional**: Crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

discurso se forma com um olhar cuidadoso da *práxis*. Deste modo, assim como Curtius construiu uma espécie de “mosaico da literatura” ao realizar seus estudos de redescoberta, esta análise capta esta dimensão da obra de Viehweg e empreende seus esforços para a reconstrução desta narrativa - principalmente diante do contexto de uma crise que só se aprofunda.

Anthony Giddens, no campo da sociologia, promove uma ampla reflexão acerca de aspectos da modernidade - principalmente no campo subjetivo da identidade. Ao longo dessa trajetória suscita o caráter ambíguo da realidade contemporânea - o que o leva a crer que o entendimento da natureza da vida moderna como apocalíptica é errôneo, posto que, embora bastante sensível a possíveis situações de crise, a modernidade sempre viabiliza uma série de aberturas e oportunidades de reinvenção da tradição. Percebe-se que o autor não renega a tradição, mas a reconstrói com a finalidade de enfrentar os conflitos característicos da modernidade<sup>135</sup>. Outrossim, subsiste a preocupação em relação ao tempo do direito: preservar a tradição não quer dizer ancorar os rumos da jurisdição, mas evitar a destrutividade do choque de gerações. Sendo assim, compreender a dimensão do pensamento problemático para além das fronteiras estabelecidas é capaz de evitar tanto a flutuação do sujeito localizado no mundo quanto à dureza e a rigidez da narrativa.

### **II.3 A Escala Mundial do Constitucionalismo e o Pensamento Problemático**

A necessidade de resolução de problemas que surge da dimensão omissiva das normas constitucionais gerou uma série de respostas possíveis por parte das mais diversas jurisdições constitucionais. Ao passo que Alemanha e Itália avançavam em suas discussões neste sentido em meados da década de 60<sup>136</sup>, apenas em 1976 a Constituição portuguesa trouxe disposições acerca da inconstitucionalidade por omissão. No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe duas ferramentas para solucionar a questão: o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). No entanto, a opção pelas sentenças aditivas, já utilizadas pelas cortes constitucionais Italiana e Alemã, pelo Supremo Tribunal Federal remete ao intercâmbio de respostas possíveis realizado num contexto mundial. Por esta razão,

---

<sup>135</sup>GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. 2003.

<sup>136</sup>A este respeito, veja-se Sentenze n. 168/1963, provável primeiro registro de sentença aditiva emitida pela Corte Constitucional Italiana.

o debate neste tópico está centrado na importação de uma solução jurisprudencial e doutrinária de um tribunal estrangeiro para fins de solução de problemas.

Este intercâmbio torna-se inevitável dado o fato de que ao processo de ascensão do movimento constitucional e dos Estados Democráticos de Direito no Ocidente do século XX restaram expectativas não cumpridas pela modernidade. Por esta razão, é necessário reposicionar as premissas base dentro de um novo contexto para que se possa obter as respostas desejadas. O novo século se caracteriza pela globalização e, por sua vez, demanda a inclusão dos Estados neste contexto e o desenvolvimento da face internacionalizável da teoria constitucional. O movimento em questão, no entanto, não deve implicar em ampliação irrestrita dos horizontes para a resolução de problemas ao passo que surgirá com o objetivo de identificar problemas comuns enfrentados pelas cortes constitucionais e elencar diferentes estratégias que têm sido utilizadas por cada um deles para a resolução do problema<sup>137</sup>.

Os rumos caminhados pelo pensamento problemático têm como ponto de partida indispensável o entendimento de que uma teoria satisfatória da jurisprudência deve se voltar para a retórica<sup>138</sup>. No campo sob análise já restou evidente a insuficiência dos sistemas lógico-dedutivos para compor satisfatoriamente a técnica decisória que, por sua vez, só será atingida por meio de um processo racional de discussão. O fato é que Viehweg, no processo de fundamentação da tese de que a jurisprudência se compõe topicamente, propõe um caminho embasado na tradição - confirmada pela história. Assim como o caminho traçado por Viehweg não se vale da metodologia historiográfica, este tópico tampouco o faz. Esta localização da jurisprudência no espaço-tempo, no entanto, é essencial para perceber que as transformações modificam-na, mas não impedem que persista sua relação com a tópica.

Uma das principais questões chave do estudo do direito constitucional contemporâneo está na caracterização e delinação do que se entende por neoconstitucionalismo. Embora o conceito suporte uma série de noções diferentes, em razão de uma grande disputa de significados a seu redor, em síntese, ele descreve, necessariamente, toda a tendência de desenvolvimento de uma cultura jurídica no âmbito dos Estados Constitucionais do século XX. Este modelo resultou no paradigma central do que se entende no Ocidente como “Estado Democrático de Direito”. Em diferentes dimensões, a ruptura com regimes autoritários, tanto na Europa quanto na América Latina, propiciou uma cultura de valoração dos direitos e

---

<sup>137</sup> ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**, 83, Virginia Law Review, 1997. pp.775.

<sup>138</sup> VIEHWEG, op. cit., p. 13.

garantias fundamentais. Foram retratadas anteriormente uma série de disparidades e coincidências entre os processos de alguns países, mas a realidade é que, para além das fronteiras pré-existentes, a argumentação toma bastante espaço dentro do novo paradigma enquadrado, de modo geral, no âmbito das teorias pós-positivistas do direito<sup>139</sup>

Deste modo, a princípio, dado o fato de que a Teoria da Constituição assumiu feições rígidas e densas que contemplam uma série de normas de direitos fundamentais e apresentam ferramentas a serem manejadas pelos tribunais de modo a garantir a efetividade destas normas, sua atuação salta aos olhos tanto para os estudiosos do Direito quanto para os demais sujeitos da sociedade. A unidade destas normas, ora analisada, demanda uma interpretação integradora e a realidade de uma época marcada pela globalização tende a provocar um efeito parecido em cada jurisdição. O que se quer dizer não é que a prática dos tribunais necessariamente se assemelha - dado o fato de que muitas dessas cortes se organizam em formatos diferentes - mas que a identificação teórica dos princípios constitucionais do Ocidente propicia um intercâmbio entre cada uma dessas realidades.

No entanto, é curioso o fato de que alguns elementos importados por diferentes jurisdições sejam, por vezes, mais valorizados do que em seu próprio país de origem. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva aponta o quanto a propagação dos princípios de interpretação constitucional de Konrad Hesse é supervalorizada pela prática brasileira em detrimento da alemã<sup>140</sup>. Aos olhos deste autor, tal solução reflete uma tentativa de emancipação a partir de um ideal de modernidade ao qual se teve acesso de maneira tardia. Tendo a discordar, contudo, da leitura em questão dado, não apenas o fato de esta propagação refletir uma forma de solução a partir dos problemas suscitados, mas também da função de legitimação assumida pelo processo argumentativo ao referenciar elementos estrangeiros. Por essa razão é que não se aplica à jurisprudência a noção metodológica, mas o desenvolvimento de uma técnica que encontre resposta para algo que a demande.

No que diz respeito à disposição do problema, está certo que ele se ordena no âmbito de um sistema. Em razão desta correlação, a ênfase pode recair entre um ou outro<sup>141</sup>. Caso

---

<sup>139</sup>Veja-se GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo**. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo. In: Idem. *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2006. Idem. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta; 2009, p. 201 e ss.

<sup>140</sup>SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico**. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

<sup>141</sup>ROESLER, 2013, p. 134.

seja a ênfase dada ao sistema, será operada uma seleção de problemas e a recíproca também é verdadeira. Por este motivo, o pensamento problemático se mostra como uma forma eficiente para lidar com possíveis questões aporéticas e, por este motivo, é possível que perceber a intenção de Viehweg não de abandonar a noção de sistema, mas de tratá-la com alguma cautela<sup>142</sup>. Para compreender melhor a natureza desta técnica, o autor propõe a subdivisão da tópica entre tópicos de primeiro e segundo grau - além de se debruçar sobre as noções de *topoi* ora mencionadas, a serem mais aprofundadas adiante.

Isso posto, fica claro que a complexificação do raciocínio jurídico necessário para atender a esta cultura constitucional remete à tópica de Viehweg: a resolução de problemas por meio de tentativas oriundas de um catálogo de *topoi* e determinadas proposições diretivas. A este tipo de postulação denomina-se tópica de primeiro grau o procedimento mais incipiente, de caráter não muito seguro em razão do fato de não apresentar, de início, nenhum tipo de limite para que se estabeleçam os pontos de vista diretivos<sup>143</sup>. À elaboração e utilização de um catálogo de *topoi* - a ser utilizado como uma diretriz para seja discutido o problema - fala-se em tópica de segundo grau. Além desses, o autor também observa a subdivisão dos *topoi* em universalmente aplicáveis ou não. No caso do primeiro tipo, estão contempladas noções bastantes amplas, capazes de se estender para todas as áreas do conhecimento. Por outro lado, existem *topoi* que tão-somente respondem a problemas de determinadas áreas. Estes recursos, sejam eles universalmente aplicáveis ou não, apenas obtêm sentido à partir do problema. Por esta razão, não configuram elementos dedutivos, mas diretores da discussão suscitada.

Deste modo, os *topoi* orientam as soluções no caminho do que deve se tratar a Jurisprudência: uma área na qual nunca deve estar completamente afastada a discussão de novas questões e tampouco a necessidade de reavaliar as construções postas. Essa estrutura se caracteriza, portanto, por uma série de pontos de inflexão, conclusões curtas e revisão. Todos estes pontos convergem na necessidade de sempre conceder uma resposta às questões em discussão. Tais características não correspondem, no entanto, a ausência de vinculação, uma vez que o próprio autor defende a necessidade da postulação de acordos para fins de diálogo. A questão é exatamente a da incompletude que vem sendo enfrentada pelo constitucionalismo contemporâneo: é necessário buscar premissas que orientem para a solução adequada - o que não exclui as cadeias de dedução, o objetivo é apenas não se limitar a elas.

---

<sup>142</sup>Ibidem, p. 139.

<sup>143</sup>Ibidem, p. 141.



Os *topoi* correspondem a uma maneira de fazê-lo, constituindo pontos de partida para a construção da melhor solução<sup>144</sup>. Além disso, conseguem fazer com o que debate não se dê da escala zero e facilita a resolução de controvérsias futuras. Estes lugares-comuns são lidos como opiniões aceitas como legítimas que suportam a construção dos acordos<sup>145</sup>. O conceito, portanto, está diretamente associado à recepção do auditório e, por razão, é indispensável compreender seu papel em uma realidade de globalização. No capítulo seguinte, nos ocuparemos da realidade atual do constitucionalismo de Estados em crise e de uma reinvenção da tópica sistemática para a resolução de questões deste novo formato. Após uma tentativa retomada da unidade, portanto, nos atentaremos à realidade fragmentada que tem nas ruínas uma nova forma de enxergar o todo.

---

<sup>144</sup>ROESLER, op. cit., p. 143.

<sup>145</sup>Ibidem.

## CAPÍTULO III - O CONSTITUCIONALISMO DAS RUÍNAS E A TÓPICA DO AGRUPAMENTO

### III.1 A Crise do Constitucionalismo e o Pensamento Problemático

“A história nunca se repete - mas, por vezes, toma emprestado o passado. Também faz um jogo com o tempo: embaralha, ordena e reordena o fio da meada; põe um olho no que já aconteceu, mas mantém o outro aberto no presente”<sup>146</sup>. O trecho que inaugura este capítulo inicia o ensaio de Heloísa Starling de nome “O passado que não passou” da coletânea de textos “Democracia em Risco? ”. A obra em questão é composta por ensaios que interpretam, à luz da realidade brasileira, um cenário relevante no que diz respeito ao curso histórico do regime democrático. A preocupação inerente a este contexto, no entanto, não é uma exclusividade do Brasil, muito pelo contrário, o modelo democrático tem enfrentado crises ao redor do mundo em razão da pujança de movimentos autoritários. Esta crise, no entanto, se mostra, diferentemente do caos expresso de outrora - em um período marcado por guerras e golpes para a assunção de regimes autoritários -, a partir do enfraquecimento constante de instituições de postura crítica como o Judiciário<sup>147</sup>.

Explicitou-se noutra oportunidade neste mesmo trabalho o protagonismo assumido pelas cortes constitucionais no processo de consolidação das expectativas que o texto constitucional suporta. No entanto, é crucial notar, antes de analisar o papel destas instituições neste processo, o fato de que se tem visualizado também um enfraquecimento da Constituição em si. Ocorre que a própria modernidade, conforme fora considerado anteriormente por meio da leitura de Anthony Giddens, encontra-se bastante suscetível a crises. Tanto o é que se afasta da excepcionalidade este conceito<sup>148</sup>, culminando em uma certa opacidade dada a normalização de seu uso. Porém, esta realidade de crise democrática deveria ser suportada pelas constituições visto que, na égide do movimento constitucionalista, esteve o ideal de garantia de um núcleo duro de princípios invioláveis, de modo que estes funcionassem como uma espécie blindagem aos horrores experienciados outrora. Não é o que tem sido visto.

<sup>146</sup>STARLING, Heloisa Murgel. **O passado de que não passou**. In: Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das letras, 2019, pp. 337-354.

<sup>147</sup>LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel (2018). **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar. pp. 92.

<sup>148</sup>PAIXÃO, Cristiano. **30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988**. JOTA, 03 maio 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/30-anos-crise-e-futuro-da-constituicao-de-1988-03052018>>.

A atual crise das democracias se aprofunda ao ponto de colocar o próprio modelo em sério risco por uma série de razões; entre elas está o deflagramento de uma crise constitucional. Esta se manifesta a partir do momento em que a função da Constituição é colocada em xeque ao passo que os procedimentos disponíveis mostram-se insuficientes para resolver a crise política. Diante dos erros resultantes das tentativas de resolução de conflito, põe-se em risco a própria Constituição a partir do momento que se atesta sua insuficiência e faz-se a opção por seu desmonte<sup>149</sup>. Essa desconfiguração tem ocorrido de modo gradual e persistente - o que pode conduzir para dois rumos, sob os dizeres, ainda, de Cristiano Paixão: um deles conduz o texto à obsolescência, ao passo que o outro se encaminha em direção à retomada do compromisso com o sistema de regras e princípios que consta na Constituição em vigor<sup>150</sup>.

A exemplo desta possibilidade, cita o autor outros contextos de crise em que o grau de abertura da Constituição para situações futuras viabilizou soluções para que se sustentasse o texto. Os exemplos dispostos, no entanto, contaram com soluções oferecidas por parte do legislativo por meio de Emendas Constitucionais. No entanto, não é inimaginável a possibilidade de atuação do Judiciário neste sentido por meio do processo decisório. Por esta razão, o estilo tópico, definido por Viehweg como sendo característico do Direito, mostra-se capaz de cumprir a missão de conceder sentido e atualizar o texto jurídico para que seja evitado o destino a que se inferiu anteriormente.

Viehweg constata e apresenta a insuficiência do modelo cartesiano para explicar a produção do conhecimento de modo geral - não apenas no que diz respeito ao direito, mas a quaisquer outros ramos da sabedoria prática ou teórica. De acordo com ele, é insustentável a distinção entre método e retórica ou até mesmo entre ciência e retórica. Isso posto, realizando um breve salto em razão de tudo que já fora explorado acerca da teoria de Viehweg até então, pode-se delimitar o problema aos olhos do autor como sendo a estrutura do próprio saber jurídico enquanto práxis<sup>151</sup>. Neste sentido, considerando o processo formativo da Jurisprudência e sua estrutura, fica claro que o processo interpretativo de que se vale amplamente o pensamento jurídico, se desenvolve no âmbito do estilo tópico. A este respeito, estabelece as seguintes considerações Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

---

<sup>149</sup>Neste sentido, Cristiano Paixão em “30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988” caracteriza a crise constitucional como uma crise “desconstituente”, terminologia extremamente satisfatória para o que estamos propondo neste estudo.

<sup>150</sup>PAIXÃO, Cristiano. **30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988**. JOTA, 03 maio 2018.

<sup>151</sup>ROESLER, 2012, p. 44.

O que garante a permanência de uma ordem jurídica em face de certos câmbios sociais no correr do tempo é justamente este estilo flexível em que os problemas são pontos de partida que impedem o enrijecimento das normas interpretadas. A própria interpretação dos fatos exige o estilo tópico, pois os fatos de que cuida o aplicador do direito, sabidamente, dependem das versões que lhe são atribuídas. Ademais, o uso da linguagem cotidiana, com sua falta de rigor, suas ambiguidades e vaguezas, condiciona o jurista a pensar topicamente. (FERRAZ Jr., 2018, p. 17).

Assim como nos outros processos de crise, portanto, fica evidente para o jurista o fato de que a crise constitucional reflete uma necessidade de diálogo entre sistemas - dadas as limitações características deste para solucionar todo e qualquer problema jurídico. Deste modo, a partir do momento em que as Cortes Constitucionais passaram a enfrentar o enfraquecimento das instituições e viram-se abaladas por uma perda de legitimidade consubstanciada, também, pelo fenômeno de crise constitucional<sup>152</sup> parece viável que esta consiga se reerguer a partir do alavancamento do texto constitucional. Ainda que seja passível das mais diversas críticas uma atuação incisiva por parte das Cortes Supremas - denominada ativista por alguns expoentes - este tipo de atividade contra arbítrios de outros poderes é de extrema importância neste contexto, posto que seu suicídio temendo os efeitos de sua sobrevivência para a instituição resultará em morte da mesma maneira<sup>153</sup>.

No que diz respeito à possível atuação das Cortes Constitucionais neste sentido, retoma-se a discussão da postura do STF quanto à resolução de casos de omissão do texto constitucional a partir da experiência da *Corte Costituzionale* italiana: o uso de sentenças modificativas se estabelece como instituto protetor de uma postura criativa no âmbito do Judiciário. Esta técnica se dá por um processo de legitimação de caráter amplamente argumentativo para justificar naquele âmbito a dilatação da função do próprio STF. Essa experiência, no entanto, pode refletir duas faces da Corte: uma delas atuante nos casos clássicos de omissão normativa e outros que, a princípio, não justificariam sua intervenção na realidade social. O processo de fundamentação do uso deste instituto por parte do STF, por

<sup>152</sup>GROPPI, Tania; **The Italian Constitutional Court: Towards a Multilevel System of Constitutional Review**, 3 JCL, 2008, p. 115.

<sup>153</sup>A este respeito, veja-se em “Como as democracias morrem”, o seguinte: “A maneira mais extrema de capturar os árbitros é destruir completamente as cortes e tribunais e criar novos. Em 1999, o governo Chávez convocou eleições para uma Assembleia Constituinte que, violando uma decisão anterior da Suprema Corte, concedeu a si mesma o direito de dissolver todas as demais instituições do Estado, inclusive a Suprema Corte. Temendo pela própria sobrevivência, a Suprema Corte aquiesceu e decretou que a iniciativa era constitucional. A presidente do órgão, Cecilia Sosa, renunciou, declarando que a corte tinha “cometido suicídio para evitar ser assassinada. Mas o resultado é o mesmo. Ela está morta”.”. p. 95.

vezes, o desfavorece ao passo que o coloca numa posição que sugere ambiguidade e beira a arbitrariedade.

Isso porque, a partir do momento que alguns autores como Gilmar Mendes, também membro da formação atual do STF, suscitam a necessidade de abandono do mito do “legislador negativo”, alguns enunciados reiteram a premissa kelseniana<sup>154</sup>. Neste sentido, deve-se atentar para o risco de incidir em particularizações, bem como, numa espécie de instrumentalização da tópica para orientar uma postura instável – por vezes mais ampla e por vezes mais restrita e tímida. Deste modo, considerando, ainda, a posição funcional e hierárquica ocupada pelo STF faz-se necessária a adoção do recurso de forma um pouco mais previsível em razão do caráter peculiar que a orienta.

No entanto, a despeito da instabilidade provocada pela prática atual, estas instituições podem desempenhar um papel relevante no processo de consolidação de princípios ordenadores de direitos fundamentais. Uma das possibilidades de atuação do Judiciário neste sentido diz respeito, também, às outras formas de controle de constitucionalidade detalhadas em oportunidade anterior. Esta atividade, orientada por uma tópica formal, constituirá *topoi* de argumentação atinentes à legitimidade da corte, de seu papel mediador e estabilizador no âmbito democrático, de uma doutrina da efetividade e, por fim, de uma jurisdição pelos direitos e garantias fundamentais. Cada um destes lugares comuns que permitirá uma antecipação, ao auditório, do porvir em termos de argumentação, será aprofundado mais adiante. É perceptível, neste âmbito, a mudança dos *topoi* que orientam a tópica contemporânea em detrimento da tópica sistemática de outrora e esta reinvenção proposta por meio de um processo de ressignificação poderá se apresentar como uma possibilidade de solução parcial para esta crise “desconstituente”.

A princípio, a ideia de uma formalidade constitucional oriunda do movimento inicial de corporificação das normas viabilizou a utilização de técnicas habituais de interpretação para fins de obtenção de sentido e garantia de eficácia. A tradição constitucional, portanto, obedecia a um princípio de unidade que munia seus dispositivos de uma completa fragmentação, ainda que diante de eventual omissão ou lacuna. Esta dinâmica vincula as normas a uma necessária articulação de sentido a qual, por sua vez, se ordenará a partir de

---

<sup>154</sup>A este respeito veja-se Súmula nº 339 segundo a qual: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”.

uma tópica interna que se projeta na forma de organização hierárquica<sup>155</sup>. Este *topos* foi expressamente retratado pelo capítulo anterior sem, contudo, exprimir a disposição necessariamente vertical em que serão colocadas com obrigatoriedade para seu funcionamento.

Qualquer outra forma de concepção destas normas configura uma perda de unidade e, conseqüentemente, um afastamento da segurança e da certeza enquanto lugares comuns<sup>156</sup>. No âmbito deste repertório, Tércio Sampaio Ferraz Júnior traz o seguinte:

O *topos* da hierarquia, que conduz ao uso de *topoi* como a *lex superior* (a regra da superioridade) e a *lex specialis* (a regra da especialidade), donde a possibilidade de interpretação restritiva e extensiva, já teve até menos alcance na hermenêutica constitucional. Na medida, porém, em que as constituições passavam a ser concebidas não como um complexo compacto e indiferenciado de normas, mas justamente pela complexidade quantitativa e qualitativamente crescente de suas disposições, a ser vistas como um sistema (*topos* do sistema) de normas coordenadas e inter-relacionadas que se condicionam reciprocamente, tornava-se inevitável o recurso ao escalonamento e suas conseqüências analíticas. (FERRAZ Jr. 2018, pp. 19-20).

Este novo lugar comum torna bastante compreensível a condição de estabilidade ora conferida pelas Constituições cuja tendência se fixava até então: esta hierarquização característica de uma formalidade constitucional, além de estabelecer fortes noções dogmáticas, fixa as diretrizes intrínsecas à normativa a partir de um *topos* do “cerne fixo material” composto pelos direitos fundamentais e sua prevalência sobre as demais normas - estabelecendo a diferenciação entre normas constitucionais que agasalham princípios, normas que instituem princípios, normas que têm um sentido técnico orgânico, normas que visam a aplicabilidade da própria Constituição<sup>157</sup>.

Sob a metáfora do edifício e seus andares, Tércio Sampaio Ferraz Jr., apresenta a insuficiência da concepção formal de hierarquia para compreender o sistema uma vez que este é composto por vários andares - o que justifica a presença de outros *topoi*<sup>158</sup>. Curiosamente, Manuel Atienza faz uso da mesma metáfora para explicar um dos enfoques dados ao estudo de um fenômeno complexo como Direito: a partir de uma leitura ideal, é preciso fixar-se não

<sup>155</sup>FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. **Do *topos* do sistema ao *topos* da ponderação na interpretação constitucional**. In: Diálogos sobre Retórica e Argumentação. Curitiba. Ed. Alteridade. 2018, p. 19.

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup>FERRAZ Jr., op. cit., p. 20.

<sup>158</sup>Ibidem.

no edifício defeituoso já construído, mas no edifício modelo<sup>159</sup>. O diálogo entre as duas metáforas utilizadas para fins extremamente distintos, no entanto, remete à complexidade argumentativa de que se compõe o fenômeno jurídico e quanto a incompletude que um mero *topos* hierárquico carrega para lidar com todo ele.

O lugar comum que propicia esta unidade de sentido à norma constitucional, portanto, se afasta do cunho unidimensional característico de uma “tópica ideológica” do sistema de valores que possibilitou interpretações abstratas que, por sua vez, embasaram posturas arbitrárias ao longo do Século XX<sup>160</sup>. Neste sentido, retoma-se o entendimento de outrora, reforçado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao citar Forsthoff, de que “a superação de um método positivista não deveria significar uma perda do sentido da positividade do Direito”<sup>161</sup>. A realidade contemporânea, no entanto, conforme fora considerado anteriormente, observa-se no limiar entre a garantia de uma série de direitos a partir do caráter positivo da Jurisprudência e o real estatuto político dos indivíduos e dos grupos ocupado por uma coexistência entre formas antigas e novas de tensão política<sup>162</sup>. Deste modo, este *topos* do sistema coordenado e inter-relacionado das disposições constitucionais se vê abalado por esta realidade. A este respeito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior suscita o seguinte:

Veja-se, por exemplo, uma consequência do plano das dicotomias em controle da constitucionalidade das leis: o sentido da declaração de inconstitucionalidade por incompatibilidade e a consequente nulidade da lei que contrarie a Constituição, mas com a possibilidade atual de modulação dos efeitos, mantida a imperatividade da norma inconstitucional, repercute nos tradicionais *topoi* da interpretação constitucional. Ou seja, a dicotomia constitucional/inconstitucional continua a submeter-se ao princípio da identidade e da não contradição, o que implica na exclusão de contradição lógica, mas não se sujeita ao princípio lógico da exclusão de terceiro (*tertium non datur*). (FERRAZ Jr. 2018, pp. 21-22).

A reinvenção deste lugar comum será melhor analisada no tópico seguinte a partir dos efeitos aditivos oriundos de um tipo de sentença modificativa, pois, assim como no processo de modulação dos efeitos, estes se afastam parcialmente do *topos* da superioridade constitucional - no que diz respeito à validade de ato legislativo inconstitucional - em razão de uma demanda prática que considera os possíveis efeitos dessa declaração<sup>163</sup>. Sendo assim,

<sup>159</sup>ATIENZA, 2017, pp. 19-20.

<sup>160</sup>FERRAZ Jr., op. cit., p. 21.

<sup>161</sup>Ibidem.

<sup>162</sup>FERRAZ Jr., op. cit., p. 21.

<sup>163</sup>Ibidem, p. 22.

considerando a percepção de Bourdieu de que “os diversos sentidos de uma palavra se definem na relação entre o núcleo invariável e a lógica específica dos mercados onde se define o sentido comum”<sup>164</sup> é notável a modificação de sentido pelo que virá a ser o *topos* da efetividade.

Esta análise de deslocamento de lugares comuns diz muito sobre a dimensão de futuro que carregam as Constituições contemporâneas: o *topos* inicial compõe-se de grandes expectativas em relação ao movimento constitucionalista. A intenção de produção de um organismo funcional cujas inter-relações se estabeleceriam de maneira estrutural cuidadosamente especificadas mostram, em síntese, um grande êxito da geração pós-guerra. No entanto, seus vazios trouxeram uma série de vestígios de tempos passados - por vezes não tão bem resolvidos pelos períodos de transição - o que transformou algumas dimensões do texto numa realidade arruinada. Deste modo, é sob a retomada dessas ruínas que se erguem os novos lugares comuns. No que diz respeito ao conceito de ruína é importante ressaltar sua multiplicidade de sentidos: é claro que ruínas podem ser compreendidas como restos do passado, mas não apenas, pois podem ser também pedaços do futuro que se esconderam nas tradições oprimidas.

Embora externo ao campo do Direito, o filósofo Walter Benjamin trabalha de maneira bastante interessante o desaparecimento do narrador e a tradição em ruínas e, por esta razão, parece oportuno que sua leitura seja utilizada, dentro de seus limites, para esta análise. Em seu ensaio “O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Lescov” datada em meados dos anos 30, o autor promove uma análise comparativa entre a experiência tradicional (*Erfahrung*) e experiência vivida - ou vivência (*Erlebnis*)<sup>165</sup>. No que diz respeito à primeira, aborda as questões temporais enfrentadas pela transmissão geracional da história que, por sua vez, compõe-se por seu passado, existe no presente e se projeta no futuro. O ouvinte, por outro lado, far-se-á narrador quando se incumbe do papel de transmitir para outrem a história, consubstanciando o desafio da transmissão da narrativa. Diante disso, o autor reforça a impossibilidade de perpetuação da tradição na experiência da modernidade, uma vez que o indivíduo moderno se caracteriza por sua vivência deslocada da convivência social, marcada pelo isolamento, que o impede de reproduzir a narratividade do passado.

---

<sup>164</sup>BOURDIEU, op. cit., p. 26.

<sup>165</sup>BENJAMIN, Walter. **Textos Escolhidos – Walter Benjamin et al.** Tradução de Modesto Carone et al. São Paulo: Abril Cultural (coleção Os Pensadores). 1983.



Considerando, portanto, este contexto de crise, parece interessante que seja considerado um *topos* narrativo inerente a todos os processos e disputas que, por fim, conferem significado e produz efeitos a partir do que o texto da Constituição traz. Por esta razão, o paralelo com o caminho percorrido pelo narrador de Walter Benjamin entre tradição e modernidade e seus percalços parece se enquadrar devidamente à realidade da *práxis* que envolve a Constituição. Portanto, a ascensão da experiência como característica central de “O narrador” denota a relevância das estruturas sociais como fatores determinantes para a transmissão do discurso. Deste modo, ante as possibilidades de leitura a serem realizadas pelos tribunais, é de importante relevo a consideração do envolvimento das Cortes Constitucionais na reconstrução de um Constitucionalismo das ruínas dada a sua capacidade de estabelecer uma ponte entre Estado e sociedade civil capaz de minimizar os efeitos da quebra com uma estrutura tradicional por meio de uma “tópica do agrupamento” a fim de minimizar as distâncias estabelecidas pela modernidade.

### **III.2 A Reinvenção do *topos* do Sistema a partir dos Efeitos Aditivos na Interpretação Constitucional**

Conforme se antecipou no tópico anterior, a flexibilização de alguns *topoi* ora indispensáveis caracteriza um abalo no atual *topos* do sistema. Assim como a modulação de efeitos, a concessão de efeitos aditivos à sentença como fruto da interpretação constitucional configuram um novo *topos*<sup>166</sup> capaz de conferir aos princípios constitucionais efetividade. Por este motivo, assim como no caso da modulação, a dicotomia constitucional/inconstitucional não mais dá conta das dimensões do controle de constitucionalidade. Isso porque se abre margem para a compreensão de uma possível inconstitucionalidade parcial por omissão que terá como resposta uma equiparação de categorias. Deste modo, o *topos* do sistema passa a admitir uma série de variações tópicas a partir do “encaminhamento de novas possibilidades argumentativas”<sup>167</sup>.

Sendo assim, os mecanismos de controle sofrem o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina “mutação informal” dado o reconhecimento do papel maior da Corte Constitucional - o que nos remete à discussão acerca do caráter democrático dessa atuação. Este fenômeno

---

<sup>166</sup>FERRAZ Jr., op. cit., p. 22.

<sup>167</sup>FERRAZ Jr., op. cit., p. 23.

implica em uma leitura do constitucionalismo “principiológica e argumentativa”<sup>168</sup> a partir da qual emerge um *topos* bastante operado que ganhará muito espaço e força: o *topos* principiológico. A operação deste, no entanto, não é de natureza simples, mas bastante complexa e remete ao processo de agrupamento de ruínas ora proposto. Isso porque será dado ao operador do Direito o manejo das diretrizes da construção da narrativa. Veja-se:

O que se observa é que os procedimentos argumentativos de ponderação e aplicação de princípios constitucionais que pressupõem que o aplicador esteja autorizado a articular e qualificar o interesse público posto como um objetivo pelo preceito constitucional, exigem e implicam uma certa discricionariedade significativa. O procedimento argumentativo deve pressupor, nesse caso, que os preceitos constitucionais, ao contrário da tópica sistemática, estejam submetidos a certa fragmentação, donde a exigência de ponderação. (FERRAZ Jr. 2018, p. 23).

Sob o espectro da ponderação atual, a busca empreendida diz respeito a um equilíbrio entre critérios - a qual, na realidade, reflete uma tensão entre as prescrições normativas que têm por base princípios que antecipam um efeito positivo ou negativo que a ação regulada pode causar<sup>169</sup>. Deste modo, as sentenças aditivas refletem a exata condição em que o julgador depara-se com uma norma que fere, por exemplo, o princípio da igualdade e, por esta razão, declara-a inconstitucional total ou parcialmente considerando os valores em jogo, ao passo que cria meios para restabelecer a igualdade ora não-observada. Este conflito, denominado por Tércio Sampaio, com referência a Schauer, “experiência recalcitrante”<sup>170</sup>, exige que se exceda a dimensão da mera escolha, mas que se explicita o caráter implícito da opção realizada no bojo da própria regra. Esta será a diretriz deste lugar comum da ponderação.

Portanto, assim como o próprio texto constitucional, os reguladores tópicos da interpretação são abertos e flexíveis<sup>171</sup> e possibilitam que o papel das cortes seja exercido de modo conciliador. Estes se orientam, ainda, por um *topos* da efetividade bastante característico das normas contemporâneas posto que o Estado estará vinculado à “realização de seus objetivos, cabendo ao intérprete considerá-los sob o ponto de vista da efetivação de sua viabilidade”<sup>172</sup>. Ao sentido de princípio, portanto, reduz o enfoque dogmático para

---

<sup>168</sup>Ibidem, p. 23.

<sup>169</sup>FERRAZ Jr., op. cit., p. 24.

<sup>170</sup>Ibidem, p. 25.

<sup>171</sup>Ibidem, p. 25.

<sup>172</sup>Ibidem, p. 25.

conferir maior enfoque zetético, uma vez que será atribuído a este *topos* o ponto de partida para um objetivo decisório.

A reinvenção deste *topos* do sistema, portanto, vincula a ponderação dos princípios ao aspecto procedimental do controle de constitucionalidade como uma forma de pensar a “realizabilidade constitucional” em face de projeções contidas no texto a ser definida com base em casos relevantes<sup>173</sup>. Por este motivo, este mecanismo adquire proporções de um fenômeno de comunicação bastante complexo<sup>174</sup>. Diante de um projeto político intrínseco à ordem constitucional, dar-se-á início a uma nova dimensão da não redução do preceito a seu texto<sup>175</sup>. Este se dará, em razão de sua função tópica de justificação de uma “realização prospectiva”<sup>176</sup>, em um efetivo desligamento do positivismo sem que, conforme fora anteriormente posto, se desligue da dimensão positiva do Direito. Os princípios serão, portanto, nem mais, nem menos do que uma forma de abordar problematicamente as controvérsias jurídicas de modo que esteja justificada a interpretação posterior - o que se denomina princípio como argumento<sup>177</sup>.

Deste modo, considerando esta característica principal dos princípios como um modo de realização de um projeto interpretativo<sup>178</sup> fica expresso o quanto este constitucionalismo das ruínas se permite executar a partir de uma tópica do reagrupamento dado o fato de os princípios não mais constituírem um “núcleo duro” para a solução de casos difíceis, mas uma qualidade de tentativa que amplia ainda mais as possibilidades decisórias<sup>179</sup>.

### **III.3 A Permanência Residual da Tradição no Tempo Presente e os Novos Lugares Comuns**

Conrado Hubner Mendes caracteriza o Supremo Tribunal Federal como “protagonista de uma democracia em desencanto”<sup>180</sup>. Isso devido ao fato de ser notório que, nos últimos tempos, o tribunal presenciou e teve a oportunidade de corresponder a toda iconoclastia para a qual corroborou. A questão central, no entanto, foi que, diante da crise constitucional, acabou

---

<sup>173</sup>Ibidem, p. 27.

<sup>174</sup>Ibidem, p. 27.

<sup>175</sup>Ibidem, p. 27.

<sup>176</sup>Ibidem, p. 27.

<sup>177</sup>Ibidem.

<sup>178</sup>Ibidem.

<sup>179</sup>Ibidem.

<sup>180</sup>MENDES, Conrado Hubner. **Na prática, ministros do STF agriem a democracia**. Folha de São Paulo. 28 jan. 2018.

por tornar-se parte do conjunto de questionamentos de rodeia as instituições democráticas. Este sustenta que o argumento constitucional do Supremo “já não vale o quanto pesa” e que também “tornou-se um embrulho opaco para escolhas de ocasião”. No entanto, parece, não apenas perigoso, mas precipitado realizar tal constatação. Isso porque o próprio Judiciário já enfrentou outras crises noutras épocas. A exemplo: desde a década de 90 uma série de críticas e controvérsias permeiam a atuação do Judiciário - colocando-o numa situação de crise institucional e até mesmo estrutural<sup>181</sup>.

No entanto, sua menor atuação na dimensão política, bem como uma grande quantidade restrita de informações a respeito de seu funcionamento interno, raramente o colocavam no centro de debates e estudos mais profundos<sup>182</sup>. Sendo assim, é certo que, no que diz respeito à convergência de caminhos tomados pela tópica até o ponto atual que alcançou a jurisdição constitucional, os princípios não perdem sua condição de ponto de partida<sup>183</sup>, mas tornam-se instrumentos organizadores de séries argumentativas de modo que se fortaleça o *topos* da razoabilidade das decisões em detrimento de um enfraquecimento do *topos* da segurança. Estes princípios, no entanto, constituem fragmentos, de modo que não se possa contar com *topos* hierárquico no âmbito principiológico<sup>184</sup>. Este processo de iniciação do pensamento a partir de um conhecimento fragmentado ou de “conjuntos preceptivos regionalizados” para a busca de soluções de cunho holístico<sup>185</sup> diz muito sobre o tempo presente - aspecto ao qual destinaremos maior atenção neste tópico.

O tempo é a própria substância da lei, um fator importante de poder, uma vez que exerce grande influência sob sua força em razão do hábito<sup>186</sup>. A relação do tempo e o Direito, no entanto, é bastante delicada e sujeita a eventuais processos de destemporalização. Em sentido contrário, algumas figuras de temporalização normativa auxiliam no processo de efetivação do Direito. Sob os dizeres de François Ost são estes: a memória, o perdão, a promessa e o questionamento<sup>187</sup>. Em síntese, o autor afirma que, sem memória, uma sociedade não consegue formar identidade histórica alguma, uma vez que a afasta de sua fundação e perpetuação estável; por outro lado, a ausência de perdão culmina em caos

<sup>181</sup>SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes**. Revista USP, 21, mar.-maio, Dossiê Judiciário: 34-45.

<sup>182</sup>Ibidem, p. 36.

<sup>183</sup>FERRAZ Jr., 2018, p. 28.

<sup>184</sup>Ibidem.

<sup>185</sup>Ibidem, p. 28.

<sup>186</sup>OST, François. **O tempo do Direito**. EDUSC: Bauru. 2005.

<sup>187</sup>Ibidem.

absoluto em relação aos mais diversos acontecimentos e impede uma administração construtiva do passado; sem a dimensão da promessa, entretanto, uma sociedade se furta de um futuro - a ser garantido predominantemente pelos meios normativos; enquanto a ausência de questionamento impede que sejam lidos criticamente os acontecimentos para que se sustentem as perspectivas para o futuro.

Deste modo, este tópico visa refletir sobre a presença da tradição e os novos lugares comuns do Constitucionalismo no tempo presente - situado entre passado e futuro com um caráter de lacuna<sup>188</sup> - para compreender os caminhos tomados pelo raciocínio problemático na atual ordem constitucional. O fato é que, em proporções diferentes das que motivaram a sujeição das normas constitucionais a um processo de formalização, a vivência dos tempos atuais é de bastante desesperança. Isso porque, pela primeira vez, presencia-se o uso de procedimentos rotineiros da Democracia e a obediência formal à letra da lei vigente em favor de objetivos contrários aos valores democráticos<sup>189</sup>. O otimismo que perseverara pós-constituente e certa estabilidade para uma democracia jovem foram atropelados pela ascensão de um movimento conservador que ganhou força, principalmente em face de uma ausência de memória e questionamento da narrativa brasileira.

Neste sentido, ressalta-se que, embora o constitucionalismo democrático, aparentemente tenha tomado frente no lugar do constitucionalismo autoritário, isso não significa que não existam resquícios desta última realidade. A este respeito, Cristiano Paixão e Vera Karam de Chueri dizem o seguinte:

Isso não significa que as antigas engrenagens se adequaram tranquila e mecanicamente à democracia, na medida em que tinham sido forjadas para um modelo de Estado e de governo de concentração de poder, de renda e de privilégios. Entretanto, o esforço coletivo de interpretar a Constituição à sua melhor luz fez com que as tensões na e da Constituição fossem produtivas. Sujeitos que outrora não eram reconhecidos em suas diferenças e direitos que se limitavam à sua enunciação sem qualquer aplicação passaram a ser conjugados na dinâmica constitucional-democrática produzindo decisões (legislativas, jurisdicionais e administrativas) como o estatuto da igualdade racial, a quebra das patentes dos medicamentos da aids, a união entre pessoas do mesmo sexo, as cotas nas universidades públicas (apenas para citar algumas), que melhoraram a vida das pessoas. (CHUEIRI; PAIXÃO, 2018).

<sup>188</sup>DOSSE, François, 2012, p. 17.

<sup>189</sup>SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel, 2015, p. 202.

Entretanto, este fato não quer dizer que as incongruências entre Democracia e Constituição foram eliminadas, mas que apostou-se em sua convivência de modo construtivo e não de eliminação. No entanto, considerando o papel das cortes constitucionais suscitado até então e as possibilidades trazidas por ele - principalmente ante à estrutura tópica do Direito - a consolidação do *topos* da efetividade e da ponderação desconsiderou os resquícios de conservadorismo que ainda marcam estruturas de instituições como a Suprema Corte<sup>190</sup>.

Sendo assim, faz bastante sentido o intercâmbio entre sistemas objetivando a utilização dos aspectos gerais dos sistemas jurídicos para fins de resolução de problemas. No entanto, a presença de um *topos* da fragmentação pode refletir-se em uma estrutura frágil incapaz de garantir o mínimo de estabilidade que se espera do Direito. Por esta razão, persiste a necessidade de pensar a partir de uma tópica do reagrupamento ante o Constitucionalismo das Ruínas: considerando que, assim como previu Walter Benjamin, o narrador e sua obra caminham em direção a um processo de supressão e o *topos* se estabelece a cada vez mais em direção aos princípios em sua dimensão fragmentária, tem-se que retomar a dimensão épica da narrativa e, portanto, a memória e o questionamento para que se reconcilie com a figura do justo no processo de encontro consigo mesmo - encontro este a ser possibilitado pela tópica e sua visão da *práxis*.

O senso prático é uma das características de muitos narradores natos. Mais tipicamente que em Leskov, encontramos esse atributo num Gotthelf, que dá conselhos de agronomia a seus camponeses, num Nodier, que se preocupa com os perigos da iluminação a gás, e num Hebel, que transmite a seus leitores pequenas informações científicas em seu Schatzkastlein (Caixa de tesouros). Tudo isso esclarece a natureza da verdadeira narrativa. Ela tem sempre em si, às vezes de forma latente uma dimensão utilitária. Essa utilidade pode consistir seja num ensinamento moral, seja numa sugestão prática, seja num provérbio ou numa norma de vida – de qualquer maneira, o narrador é um homem que sabe dar conselhos. Mas se “dar conselhos” parece hoje algo de antiquado, é porque as experiências estão deixando de ser comunicáveis. Em consequência, não podemos dar conselhos nem a nós mesmos nem aos outros. Aconselhar é menos responder a uma pergunta que fazer uma sugestão sobre a continuação de uma história que está sendo narrada. Para obter essa sugestão, é necessário primeiro saber narrar a história. (BENJAMIN, 1994).

---

<sup>190</sup>CHUEIRI; PAIXÃO, 2018.

Os caminhos abertos, portanto, pela construção de uma tradição jurídica pautada nos lugares comuns contemporâneos cria uma prática disfuncional na qual o processo decisório é marcado por uma fluidez que a todo tempo realiza o exercício do pensamento problemático a fim de conduzir a novas formas de pensamento. Este, no entanto, é exatamente o tipo de instabilidade que uma Constituição visa bloquear. Deste modo, para manter vivo o texto com suas capacidades diversas de implementação, não há, deste modo, como esquivar-se às condições do meio, mas o processo de afirmação é capaz de conectar o Direito à sua dimensão de justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de uma série de críticas que se dirigem à Tópica de Viehweg, em momento algum nega-se a importância da proposta desenvolvida, principalmente no que diz respeito à forma de pensar o Direito para além de fundamentações de cunho conclusivo e que excedem a dimensão lógico-dedutiva. O estudo do Direito como “prudência” contribui em demasia para a prática jurídica e seus aspectos virão a ser aperfeiçoados adiante. Autores como Ballweg e Seibert, a partir da tópica, formularam teorias com o ponto de partida retórico do Direito. Além disso, buscaram garantir a valorização da dimensão pragmática da linguagem e posicionar-se em sentido contrário a uma compreensão simplista desta.

Este estudo buscou, portanto, compreender a forma de pensar por problemas diante de uma normativa repleta, não apenas de omissões, mas de expectativas em relação ao futuro e construções cujos olhares ainda não conseguiram desprender-se do passado. A tópica, deste modo, propicia o aprofundamento da retórica e de seus argumentos a partir das circunstâncias em discussão. Tal realidade facilita que os métodos interpretativos dialoguem com seu objeto em face de uma estrutura textual aberta da Constituição Federal. Deste modo, o estilo tópico consegue compor categorias de *topos* que extrapolam as disposições dedutivo-sistemáticas, ao passo que constroem repertórios previamente aceitos por um auditório.

Pode-se destacar, portanto, que o trabalho com as oscilações destes *topos* – muito embora garanta a dinamicidade do Direito, dificulta sua estabilização posto que a postura assumida pelas cortes julgadoras tem prezado pouco por *topos* de outrora provocando um choque de “gerações” marcadas pela tradição cujo processo de transição e virada não obedeceu a um ritmo proporcional. Por esta razão, fala-se em uma tópica do reagrupamento ante um constitucionalismo das ruínas diante do qual o objetivo vai muito além da necessidade de recuperação do significado original ou da reprodução das intenções do narrador originário, posto que o significado – quando de sua realocação em outro contexto histórico – muda sua conotação<sup>191</sup>. Compreende-se, portanto, ante a impossibilidade de estabelecimento de um texto definitivo, a necessidade de recombinação e criação de uma nova ordem para elementos apresentados<sup>192</sup>, de modo que as rupturas não se façam de maneira abrupta de modo a evitar uma consecução de ruínas incapazes de se reorganizar em uma nova estrutura.

---

<sup>191</sup>Aqui, faz-se uma analogia à leitura de Jorge Luis Borges ante à tradução de Pierre Menard da obra “Dom Quixote”. Cf. BORGES, Jorge Luis. **Pierre Menard, autor del Quijote**. In: Obras completas 1923-1949. Barcelona: Emecé Editores España, 1996.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**, 83, Virginia Law Review, 1997. pp. 771-797.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva 2009.

\_\_\_\_\_. **Retórica analítica como metódica jurídica**. *Argumenta*, n. 18,

\_\_\_\_\_. **Tópica, argumentação e Direito dogmaticamente organizado**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, maio-agosto, 2018.

AMADO, Juan Antonio García. **Teorias de la tópica jurídica**. Lima. Palestra Editores. 2018.

\_\_\_\_\_. **Tópica, Retórica y Teorias de la Argumentación**. 1996. p. 01. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf>>

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Trad. Cláudia Roesler. Coleção Direito, Retórica e Argumentação. Curitiba. Alteridade. 2017.

\_\_\_\_\_. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

\_\_\_\_\_. **Razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: Antissemitismo, Imperialismo e Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. 8ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária**. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. out/dez 1994.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. n. 13, Madrid. 2009. pp. 17-32.

\_\_\_\_\_. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para construção técnica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENJAMIN, Walter. **O Narrador**: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 197-221.

\_\_\_\_\_. **Textos Escolhidos** – Walter Benjamin *et al.* Tradução de Modesto Carone *et al.* São Paulo: Abril Cultural (coleção Os Pensadores). 1983.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication**. Deconstructing Balancing and Judicial Activism. Dordrecht; Springer, 2010.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BORGES, Jorge Luis. **Pierre Menard, autor del Quijote**. In: *Obras completas 1923-1949*. Barcelona: Emecé Editores España, 1996.

BOURDIEU, **O que falar quer dizer**: A Economia das Trocas Linguísticas. Lisboa: Difel. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul. /dez. 1998.

\_\_\_\_\_. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito**. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição constitucional**: Poder Constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2012.

CHUERI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte**. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-171, jan/jun.2010.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni Di Diritto Costituzionale**. Quinta edizione interamente riveduta. Tomo II, 2 – L'ordinamento Costituzionale Italiano (La Corte Costituzionale). Padova: CEDAM, 1984.

DOSSE, François. **História do tempo presente e historiografia**. Trad. Silva M. F.. Arend, Tempo e Argumento - Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UDESC, v. 4, n. 1, p. 5-22, jan/jun. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIOT, T. S. **A tradição e o talento individual**. In: Nostrand, Albert D. (Org). *Antologia de Crítica Literária*. Rio de Janeiro: Lidador, 1968, pp. 188-195.

FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. **Argumentação Jurídica**. Barueri. Editora Manole. 2014.

\_\_\_\_\_. **Do *topos* do sistema ao *topos* da ponderação na interpretação constitucional**. In: *Diálogos sobre Retórica e Argumentação*. Curitiba. Ed. Alteridade. 2018.

\_\_\_\_\_. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo**. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo. In: Idem. *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2006. Idem. *Criaturas de la*

moralidad. Uma aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de lós derechos. Madrid: Trotta; 2009

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Trad. P. Dentizien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003.

GROPPI, Tania. **The Italian Constitutional Court: Towards a Multilevel System of Constitutional Review**, 3 JCL, 2008. pp. 100-117.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. 2. ed. Companhia das Letras: 1997.

ISHIGURO, Kazuo. **Um artista do mundo flutuante**. Rio de Janeiro: Grupo Companhia das Letras. Trad: José Rubens Siqueira. 2018.

LEFF, Michael C. **The topics of Argumentative Invention in Latim Rhetorical Theory from Cicero to Boethius**. The International Society for The History of Rhetoric. Rhetorica, vol. 01, nº 1, 1983.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar. 2018.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Paradoxo entre Constitucionalismo e Democracia: Alternativas à colmatção de lacunas inconstitucionais no Brasil**.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009.

MAIA, Cristiano Soares Barroso. **A Sentença Aditiva e o Supremo Tribunal Federal: Entre o Estado de Direito e Soberania Popular**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2013. Disponível em: [http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/15616/1/2013\\_CristianoSoaresBarrosMaia.pdf](http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/15616/1/2013_CristianoSoaresBarrosMaia.pdf)

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. **O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin**, p. 282. In NEJ-Vol. 11, n. 2, pp. 265-289. jul./dez. 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO; Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 1309.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 287, 290.

\_\_\_\_\_. O apelo ao legislador - Appelentscheidung - Na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 188, p. 36-63, abr. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45105/47877>>. Acesso em: 23 Dez. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v188.1992.45105>.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição Constitucional: Crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

MORAIS, Carlos Blanco. **As sentenças com efeitos aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

MOUNK, Yasch. **O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Trad. Débora Landsberg e Cássio de Arantes Leite. Companhia das Letras. São Paulo. 2019.

NEVES, Marcelo. **Trasconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009.

PAIXÃO, Cristiano. **Autonomia, democracia e poder constituinte**: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964- 2014). Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, v. 43, p. 415-460, 2014. Available at: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/43/0421.pdf>>.

\_\_\_\_\_. **Direito, Política, Autoritarismo e Democracia no Brasil**: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. In Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 13, nº 26. Segundo Semestre de 2011.

\_\_\_\_\_. **30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988**. JOTA, 03 maio. 2018.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick de. **Entre Permanência e Mudança**: Reflexões sobre o Conceito de Constituição. Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

PERELMAN, Chaim; Olbrechts-Tyteca, Lucie. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. Trad. Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba; ROESLER, Claudia Rosane. **A recepção da Tópica ciceroniana em Theodor Viehweg**. Revista Direito e Práxis, vol. 6, num. 10, 2015, pp. 26-48. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Para Compreender o Papel da Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito**: Apontamentos a partir de Theodor Viehweg. Revista Brasileira de Direito Constitucional. v.7, n. 2. 2006.

\_\_\_\_\_. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: Tópica, Discurso E Racionalidade. 2ª ed. Belo Horizonte, 2013.

\_\_\_\_\_. **Theodor Viehweg ¿Un Constitucionalista Adelantado a Su Tiempo?** DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29. 2006.

ROLLA, Giancarlo; GROPPI, Tania. **Tra Política e Giurisdizione**: Evoluzione e Sviluppo della Giustizia Costituzionale in Italia. Cuestiones Constitucionales, enero-junio, n. 002, Universidad Nacional Autónoma de México, México, México, pp. 160-183, 2000.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**: Com novo pós-escrito. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **De Quem Divergem os Divergentes**: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade. v.47. pp. 205-225.

\_\_\_\_\_. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.

STARLING, Heloisa Murgel. **O passado de que não passou**. In: Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das letras, 2019,

TSVETAEVA, Marina. **O poeta e o tempo**. Trad. Aurora Fornoni Bernardini. Editora Âyné: São Paulo. 2017.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois**: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. Revista Direito GV Vol. 8, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho**. 2. Ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr., Topik und Jurisprudenz. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustav. MARTINI, Carlo Maria. **La exigencia de justicia**. Trad. Miguel Carbonell. Imprenta: Madrid, Trotta, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustav. **Processo Costituzionale**. Milano: Giuffré Editore, 1989.

